Rücktritt und Wandelung im Vergleichsverfahren

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Leo Iserloh

Referendar aus Duisburg

1933

Köllen-Verlag, Bonn am Rhein

Durch die Genehmigung der Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Referent: Professor Dr. Rudolf Schultz.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsangabe

Seite

§ 1 Die Beteiligung am Vergleichsverfahren 11
§ 2 Die nichtbeteiligten Gläubiger 14

A. **Der Rücktritt im Vergleichsverfahren.**

§ 3 Der Rücktritt 15
§ 4 Die Anwendung des § 4 Vergl.O. auf die durch den Rücktritt entstehende zweiseitige Legalobligation 18
§ 5 Der Rücktritt vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens 23

§§ 6—11. **Der Rücktritt nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens.**

§ 6 Die Zulässigkeit des Rücktritts 26
§ 7 Wann ist ein Vertrag im Sinne des § 4 Vergl.O. erfüllt? . 27
§ 8 Die Nichtbeteiligung der durch den Rücktritt von einem beiderseits nicht voll erfüllten gegenseitigen Vertrage entstehenden Legalobligation, wenn der Rücktritt nach der Eröffnung des Verfahrens erklärt wird.
Ist die Legalobligation ein Neugläubigerschuldverhältnis? 30
§ 9 Fortsetzung 34
§ 10 Der Ausschluß der Erfüllungsablehnung durch den Rücktritt 38
§ 11 Der Rücktritt von solchen Verträgen, die nicht unter § 4 Vergl.O. fallen 40

B. **Die Wandlung im Vergleichsverfahren.**

§ 12 Die Gewährleistungspflicht als Erfüllungspflicht . . . 44
§ 13 Wann entsteht das Wandlungsschuldverhältnis? 52
§ 14 Die Anwendbarkeit des § 4 Vergl.O. auf das zweiseitige Wandlungsschuldverhältnis 56
§ 15 Wann sind die Rückgewähransprüche im Sinne des § 3 KO. begründet? 59

§§ 16—18. **Einzelfälle.**

§ 16 Die Wandlung nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens, falls zu diesem Zeitpunkt der Vertrag auf einer Seite voll erfüllt war 60
§ 17 Die Wandlung beiderseits nicht voll erfüllter Verträge, bei denen der Vergleichsschuldner Käufer ist . . . . . .
I. Die Wandlung nach der Eröffnung des Verfahrens . .
II. Die Wandlung vor der Eröffnung des Verfahrens . . 63
§ 18 Die Wandlung beiderseits nicht voll erfüllter Verträge, bei denen der Vergleichsschuldner Verkäufer ist . . .
I. Die Wandlung nach der Eröffnung des Verfahrens . .
II. u. III. Die Wandlung vor der Eröffnung des Verfahrens 68

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften

Adler: Der Annahmeverzug des Käufers in ZHR. Bd. 71 Seite 449 ff. — Beiträge zum Recht der Gewährleistung in ZHR. Bd. 75 S. 453ff.

Bendix: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Leipzig 1927.

Cahn: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, München, Berlin, Leipzig 1927.

Cohn: Rücktrittsrecht und Vergleichsverfahren, insbesondere beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt in JW. 1932, Seite 146 ff.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Band, 8. Aufl., Jena 1927.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse 1902.

Dernburg: Bürgerliches Recht, 2. Band, 2. Abteilung, 1. Aufl. 1906.

Dernburg-Raape: Bürgerliches Recht, 2. Band, 2. Abteilung, 4. Aufl. 1915.

Dörr: Haftung des Verkäufers für Fehler der Sache in LZ. 1918, Sp. 888 ff.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerl. Gesetzbuches, 4. Band (erläutert von Breit-Hoeniger-Werner), und 5. Band (erläutert von Breit und Hoeniger), 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Ebertsheim: Ist der Warengläubiger, der unter Eigentumsvorbehalt geliefert hat, am Vergleiche des Schuldners beteiligt, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens das vorbehaltene Eigentum an einem Teil der Ware erloschen ist? in JW. 1930, Seite 3704.

Eisold: Die Vergleichsordnung, 3. Bearbeitung, Berlin 1931.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 9. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Enneccerus I 2, Recht der Schuldverhältnisse, 10. Bearbeitung, Marburg 1927.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung, Marburg 1930.

Grimm: Begründete Vermögensansprüche (§ 3 KO.), Mannheim, Berlin, Leipzig, in Beiträge zum Zivilprozeß, 4. Heft.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes, Berlin 1907.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Jacobson: Zu § 4 Vergl.O. (Ist der Kaufvertrag seitens des Käufers als vollständig erfüllt anzusehen, wenn der Käufer bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Käufers die Sache schon vollständig bezahlt, aber noch nicht abgenommen hatte?) in Jur.Rdsch. 1926, Seite 96.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 1. Band, 6. u. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1931.

— Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1932.

— Konkurs des Verkäufers in KTW. 1927 Seite 1.

— Aus der Praxis des Konkurs- und Vergleichsverfahrens (der Eigentumsvorbehalt als Erfüllungshemmnis u. seine Erledigung während des Vergleichsverfahrens) in KTW. 1929 Seite 17.

Jaffa: Das Recht des Vermögensverfalls, 1. Band: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, Berlin 1927.

Jaffé: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf (§ 455 BGB.), Diss. Leipzig 1910.

Kiesow: Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, 4. Aufl. Mannheim — Berlin — Leipzig. 1932.

Kippenberg: Der Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge, Diss. Leipzig 1907.

Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, Berlin 1912.

Kleinfeller-Petersen: Konkursordnung, 4. Aufl. Lahr 1900.

Kluckhohn: Sachmängel und Abnahmepflicht in Gruch. Beitr. Band 59 Seite 1038 ff.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches 3. Aufl. 1932.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 2. Band, 1. Teil, Schuldrecht 1906.

Krückmann: Wandelung und Minderung als Anerkenntnis in ZHR. Band 82, Seite 361 ff.

— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, 2. Beitrag in Jher.Jahrb. Band 59 Seite 20 ff.

Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB. in Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, München und Leipzig 1931.

Levy: Kommentar zur Vergleichsordnung, 2. Aufl. Berlin 1929.

— Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs- und Vergleichsverfahren in „Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht", herausgegeben von der Industrie- und Handelskammer Berlin, 1931, Seite 148 ff.

Lucas: Die neue Vergleichsordnung.

Mansfeld: Gewährleistungsansprüche im Konkurse des Verkäufers in LZ. 1927 Nr. 14 Spalte 873 ff.

Maeder: Die Einwirkung des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses auf schwebende Verträge, Berlin 1929.

Mayer: Kommentar zur Vergleichsordnung, München 1928.

Mentzel: Konkursordnung, Kommentar, 4. Aufl. Mannheim — Berlin — Leipzig 1932.

Merkel: Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren in JW. 1931 S. 2088 c.

Nagel: Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren in „Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen", 5. Heft, Heidelbeg 1929.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse I. 5. Aufl. 1928/29.

— Der gewöhnliche Handelskauf in Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts 4. Band, 2. Abteilung. Leipzig 1918.

— Die Rechtsbedingung (condicio juris), Leipzig — Erlangen 1924.

— Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers in LZ. 1927, Nr. 1, Sp. 9 ff.

— Leistungshandlung und Leistungserfolg in ZHR. Bd. 93 S. 356 ff.

Pagenstecher: Der Einfluß des Konkurses und des Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Versicherers auf die im Versicherungsvertragsgesetz geregelten Schadensversicherungen in Judicium, Vierteljahrsschrift für die gesamte Zivilrechtspflege — Organ der Vereinigung Deutscher Zivilprozeßlehrer 3. Jahrgang 1931 Sp. 155 ff.

Philipshorn: Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung in Gruch.Beitr. Bd. 64 S. 10 ff.

Planck: Kommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch: 2. Band 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allg. Teil), 4. Aufl. 1914; 2. Band 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl. 1928.

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB. 7. Aufl. Berlin, Leipzig 1929.

Rubin: Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs- und im Vergleichsverfahren. Diss. Freiburg 1933.

Rühl: Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft (Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät VI) 1930.

— Der Einfluß des Konkurses auf Vorbehaltskäufe mit Weiterveräußerungsermächtigung in LZ. 1931 Sp. 153.

— Vergleichsordnung und Verkauf unter Eigentumsvorbehalt in ZZP. Bd. 56 S. 154 ff.

Salomon: Kommentar zur Vergleichsordnung, Berlin 1927.

Samolewitz-Saenger-Wassermann: Die Vergleichsordnung, 1. Aufl. Berlin-Ansbach 1927.

Samolewitz: Die Vergleichsordnung, 2. Auflage, Ansbach-Berlin 1929.

Sandrock: Behandlung der zweiseitigen Verträge im Konkurse nach § 17 KO., unter besonderer Berücksichtigung des Begriffes „Erfüllung". Diss. Berlin 1928.

v. Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1. Teil, Berlin 1901

Schlossmann: Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges in Jher. Jahrb. Bd. 45 S. 97 ff.

Schoeller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. in Guch. Beitr. Bd. 46 S. 1 ff.

Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, in Jher. Jahrb. Bd. 49 S. 93 ff.

Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.

— Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses in LZ. 1907 Sp. 20 ff.

Sienz: Die Vergleichsordnung, Ansbach 1927.

Siméon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. 1. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Erste Hälfte. Allg. Teil und Recht der Schuldverhältnisse 14. u. 15. Aufl. Berlin 1928. 2. 2. Band: Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit. 16. u. 17. Aufl. Berlin 1931.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Aufl., bearbeitet von Koenige, Pinner und Bondi, Berlin-Leipzig 1927.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Band, 1. Teil, 9. Aufl., München-Berlin 1930. 2. Band, 2. Teil, 9. Aufl., München-Berlin 1928.

Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Leipzig 1931.

Titze: Recht der Schuldverhältnisse (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Begründet von F. von Liszt und W. Kaskel. Abtlg. Rechtswissenschaft. Herausgeber E. Kohlrausch und H. Peters.) 4. Aufl. Julius Springer, Berlin 1932.

Wallach: Findet § 17 KO. Anwendung, wenn der Käufer, dem die Sache unter Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises übergeben worden ist, in Konkurs fällt? in Jur. Rdsch. 1930 S. 116.

Warneyer: Kommentar zum BGB. I. Band, 2. Aufl., Tübingen 1932.

— Konkursordnung, Handkommentar, Berlin 1932.

Weinberg-Manasse: Das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung), 3. Aufl., Berlin-Wien 1929.

Wilmersdoerffer-Selo: Das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung). Stuttgart 1927.

Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Aufl., Berlin 1906.

Wolff-Maas-von Simson: Vergleichsordnung, Berlin 1927.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen etc.

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch. Beitr.).

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jher. Jahrb.; Dogm. Jahrb.).

Juristische Rundschau (Jur. Rdsch.).

Juristische Wochenschrift (JW.).

Konkurs- und Treuhandwesen, Monatsschrift für Wirtschaft und Recht (KTW.).

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht bezw. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.).

Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.

Seufferts Archiv (Seuff. Arch.).

Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (ZHR.).

Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG).

Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts (Warn. Rechtspr.).

Materialien zu den Reichsjustizgesetzen (Hahn), 4. Band, Konkursordnung.

Motive und Protokolle zum BGB.

Amtliche Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses in Lucas, Die neue Vergleichsordnung.

Rücktritt und Wandelung im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses

Die Fragestellung.

Das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) vom 5. Juli 1927 enthält in den §§ 4 und 28 ff. Sondervorschriften über die Behandlung der gegenseitigen Verträge. Die gesetzlichen, den gegenseitigen Verträgen ähnlichen Rückgewährschuldverhältnisse, die durch Rücktritt und Wandelung ausgelöst werden können, haben dagegen keine ausdrückliche Erwähnung gefunden. In Wissenschaft und Praxis ist daher Streit über ihre rechtliche Behandlung im Vergleichsverfahren entstanden. Insbesondere ist die Bedeutung des § 4 Vergl.O. für diese Legalobligationen bestritten.

Ziel der vorliegenden Abhandlung soll daher sein, zur Klärung der mit Rücktritt und Wandelung im Vergleichsverfahren zusammenhängenden Streitfragen beizutragen, insbesondere, soweit diese um die Anwendung des § 4 Vergl.O. entstanden sind.

§ 4 Satz 1 der Vergl.O. lautet:

„Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Vertrage beruhen, der zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem anderen Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist, sind an dem Verfahren nicht beteiligt und werden von dem Vergleiche nicht betroffen."

§ 1.

Die Beteiligung am Verfahren.

Nach § 2 der Vergl.O. sind an dem Vergleichsverfahren beteiligt und von dem Vergleiche betroffen die Gläubiger, die nicht bevorrechtigte Konkursgläubiger wären, wenn statt des Vergleichsverfahrens das Konkursverfahren eröffnet worden wäre. Am Konkursverfahren sind gemäß § 3 KO. diejenigen persönlichen Gläubiger beteiligt, welche einen z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben. Demnach sind am Vergleichsverfahren grundsätzlich alle persönlichen Gläubiger des Vergleichsschuldners beteiligt, die einen z. Zt. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Vergleichsschuldner haben.

Grimm hat in seiner Abhandlung „Begründete Vermögensansprüche" die Frage, wann ein Anspruch im Sinne der KO. in zeitlicher Hinsicht begründet ist, zu klären gesucht und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß ein Vermögensanspruch in zeitlicher Hinsicht begründet ist, sobald diejenigen juristischen Tatsachen eingetreten sind, die seinen Umfang bestimmen [1]). Umfangbestimmend sind nach ihm die Tatsachen, die den Anspruch motivieren.

Eine nähere Untersuchung dieser Frage kann im Rahmen der vorliegenden Abhandlung nicht vorgenommen werden. Jedoch sind gegen die Formulierung Grimms begründete Einwände kaum zu erheben.

Soweit in der Literatur überhaupt auf den Begriff „begründet" eingegangen wird, stehen die gebrauchten Definitionen nicht im Widerspruch zu derjenigen von Grimm. So ist zum Beispiel nach Jaeger [2]) ein Anspruch dann begründet, wenn der Rechtsgrund für die Entstehung des Anspruchs gelegt ist. Kiesow [3]) hat in seinem Kommentar den Satz von Grimm aufgenommen und bemerkt dazu lediglich, daß seine Durchführung auch noch vieles zweifelhaft lasse. Soviel ist aber sicher, daß der Grimmsche Satz die Frage „begründet oder nicht?" brauchbar löst, wie unten noch gezeigt wird. Im Folgenden soll von ihm ausgegangen werden.

In Literatur und Praxis besteht kein Streit darüber, daß zukünftige Forderungen nicht zu den im Sinne von § 3 KO. begründeten gehören [4]).

Ebenso unbestritten ist, daß aufschiebend bedingte Forderungen, bei denen die Bedingung erst nach Konkurseröffnung bezw. nach Vergleichseröffnung eintritt, schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet sein können [5]).

Die Unterscheidung zwischen zukünftigen und aufschiebend bedingten Forderungen kann erhebliche Schwierigkeiten machen. Mit der Definition von Jaeger, nach der ein Anspruch dann begründet ist, wenn der Rechtsgrund für die Entstehung des Anspruchs gelegt ist, wird man keine volle Klarheit bekommen, denn auch für künftig entstehende Ansprüche kann irgendwie ein Rechtsgrund gelegt sein, ohne daß aber deshalb schon von einem begründeten Anspruch im Sinne des § 3 KO. geredet werden könnte. Das ist z. B. dann der Fall, wenn während des Konkurses

1) Grimm a. a. O. S. 35/36. 2) KO. § 3 Anm. 15.
3) Kommentar zur Vergl.O., § 2, Anm. 5.
4) Mentzel, Kommentar zur KO., § 3, Anm. 3.
5) Grimm a. a. O., S. 42 ff; Jaeger, Kommentar § 3, Anm. 15; Mentzel, Kommentar § 3, Anm. 3; Kiesow, Kommentar zur Vergl.O. § 2, Anm. 5; Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht in Bindings-Handbuch 1899, S. 95; Kleinfeller KO., vierte Auflage 1900, § 67, Anm. 1; Cohn in JW. 1932, S. 146 ff; Reichsgericht in LZ. 1915, Sp. 217, Nr. 17; OLG. Frankfurt in Recht 1903/291, Nr. 1543.

des Genossen bei der Genossenschaft ein Fehlbetrag entsteht[6]). Hier ist für die Haftpflicht des Genossen durch seine schon z. Zt. der Konkurseröffnung bestehende Mitgliederschaft ein Rechtsgrund gegeben. Die Genossenschaft kann aber den Fehlbetrag nicht zur Konkursmasse anmelden, weil dieser sich, vom Zeitpunkte der Konkurseröffnung aus betrachtet, als eine künftige Forderung darstellt, denn z. Zt. der Konkurseröffnung ist die ihren Umfang bestimmende juristische Tatsache, nämlich das Vorliegen des Fehlbetrages, noch nicht vorhanden.

Man könnte dagegen einwenden, daß auch die Mitgliedschaft bereits einen umfangbestimmenden Charakter trägt, da ohne die Mitgliedschaft auch der Fehlbetrag der Genossenschaft keinen Anspruch gegen den Schuldner begründen könnte.

Das ist zweifellos richtig, aber wie Grimm[7]) ausführt, ist anspruchsbegründend nur die primär-umfangbestimmende Tatsache. Als diese stellt sich aber das Vorliegen des Fehlbetrages dar, während die Mitgliedschaft als anspruchsbegründendes Moment nur von sekundärer Bedeutung ist.

Bei den aufschiebend bedingten Forderungen sind die primärumfangbestimmenden Tatsachen schon vor der Konkurs- bzw. Vergleichseröffnung eingetreten. Es bedarf nur noch des Eintritts der Bedingung, um die Forderungen zur Entstehung zu bringen. Deshalb sind aufschiebend bedingte Ansprüche vom Gesetze im § 67 KO. auch ausdrücklich als begründet behandelt. Allerdings hat § 67 KO. keine selbständige Bedeutung, sondern steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu § 3 KO. § 67 besagt nämlich nicht, daß nach der Konkurseröffnung entstehende Ansprüche nur dann begründet sind, wenn sie aufschiebend bedingt sind. Es können deshalb nach der Konkurseröffnung bezw. Vergleichseröffnung entstehende Ansprüche selbst dann begründet sein, wenn sie nicht aufschiebend bedingt sind. Nur dürfen sie keine zukünftigen Forderungen sein, bei denen die primär-umfangbestimmenden Tatsachen erst nach der Eröffnung des Verfahrens eintreten.

Vollkommen unerheblich ist es, ob eine aufschiebend bedingte Forderung von dem Eintritt einer echten rechtsgeschäftlich gesetzten oder einer Rechtsbedingung, einer condicio juris, abhängt. Entscheidend ist lediglich, ob die den Umfang des Anspruchs bestimmende juristische Tatsache bereits vor Eröffnung des Verfahrens vorhanden ist. Gleichgültig ist, was den Anspruch letztlich zum Entstehen bringt. Daß zwischen Rechtsbedingung und rechtsgeschäftlicher Bedingung konkursrechtlich kein Unterschied zu machen ist, ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, wie sich aus seinen Entscheidungen in

6) Mentzel, Kommentar zur KO., § 3, Anm. 3.
7) a. a. O. S. 41.

RG. 58/11 und LZ. 1916 Nr. 14 Sp. 1191 ergibt. Hier ist festgestellt, daß die im § 26 KO. bezeichnete Forderung nach der Auffassung des Gesetzes bereits z. Zt. der Konkurseröffnung unter der Rechtsbedingung der Konkurseröffnung begründet war.

§ 2.

Die nichtbeteiligten Gläubiger.

1. Von dem in den §§ 2 Vergl.O., 3 KO. festgelegten Grundsatz der Beteiligung am Vergleichsverfahren gelten für die Vermögensansprüche nur dann Ausnahmen, wenn es sich um bevorrechtigte Forderungen oder um Ansprüche aus gegenseitigen, z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens beiderseits noch nicht voll erfüllten Verträgen handelt. Endlich sind solche Ansprüche vom Vergleiche nicht betroffen, die erst nach der Eröffnung des Verfahrens begründet werden. Das sind die von Jaeger so genannten Neuforderungen.

Zu diesen gehören z. B. die Ansprüche aus solchen Verträgen, die der Vergleichsschuldner erst nach der Vergleichseröffnung abschließt. Neuforderungen sind aber auch die bloß zukünftigen, oben im § 1 erwähnten Forderungen, z. B. der Anspruch einer Versicherungsgesellschaft auf Zahlung einer nach Vergleichseröffnung fällig werdenden Prämie.

Ansprüche jedoch, die z. Zt. der Eröffnung schon begründet waren, können niemals Neuforderungen sein, auch dann nicht, wenn sie erst nach Eröffnung des Verfahrens zum Entstehen gelangen. Das gilt insbesondere von aufschiebend bedingten Forderungen, bei denen die Bedingung erst nach Vergleichseröffnung eintritt. Nehmen derartige, vor der Vergleichseröffnung begründete Ansprüche[8]) nicht am Verfahren teil, so beruht das darauf, daß es sich entweder um bevorrechtigte oder um unter § 4 Vergl.O. fallende Ansprüche handelt, niemals aber darauf, daß sie etwa Neuforderungen wären.

2. Nach § 4 der Vergl.O. sind Gläubiger, deren Ansprüche auf einem gegenseitigen Vertrage beruhen, der z. Zt. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner oder dem anderen Teil noch nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, am Verfahren nicht beteiligt.

Unter gegenseitigen Verträgen versteht das Gesetz die beiderseitig verpflichtenden Verträge, bei denen jeder Teil notwendig Gläubiger und Schuldner ist, und bei denen jede Leistung deshalb geschuldet ist, weil die andere geschuldet ist[9]) (contractus bilaterales aequales).

---

8) wenn von „begründeten Ansprüchen" die Rede ist, so geschieht dies der Kürze wegen. Mit dem Ausdruck begründete Ansprüche ist immer gemeint: „begründet im Sinne des § 3 KO."

9) Kiesow § 4, Anm. 1; Nagel S. 17.

Leistung und Gegenleistung stehen in einem sich gegenseitig bedingenden synallagmatischen Verhältnis.

Der gesetzgeberische Grund für § 4 Vergl.O. ist, wie schon bei § 17 KO., der, daß keinem Vertragsteil zugemutet werden soll, seine aus einem gegenseitigen Vertrage entspringende Leistung an einen Gemeinschuldner oder Vergleichsschuldner mit der Aussicht zu bewirken, selbst nur eine Gegenleistung zu erhalten, die quotenmäßig beschränkt ist.

Herrschende Lehre ist, daß unter die §§ 4 Vergl.O. und 17 KO. auch Ansprüche aus solchen gegenseitigen Schuldverhältnissen fallen, die keine gegenseitigen Verträge, sondern gesetzliche Schuldverhältnisse (Legalobligationen) sind, auf die aber kraft Gesetzes die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die gegenseitigen Verträge Anwendung finden. Derartige Legalobligationen sind die durch Rücktritt und Wandelung entstehenden gegenseitigen Rückgewährschuldverhältnisse, die zwar keine gegenseitigen Verträge sind, auf die aber die §§ 320, 322 BGB. entsprechende Anwendung finden.

Zu den Anhängern der herrschenden Lehre gehören Jaeger [10]), Mentzel [11]), Kippenberg [12]), Hellmann [13]), Staub [14]), Sandrock [15]), Kiesow [16]), Mayer [17]), Eisold [18]), Rühl [19]), Levy [20]) und das Reichsgericht [21]). Die herrschende Lehre wird bekämpft von Nagel [22]) und Cohn [23]).

A. Der Rücktritt im Vergleichsverfahren

§ 3.

Der Rücktritt.

Ueber den Rücktritt — die Erklärung an den Gegner, daß der vollwirksam abgeschlossene Vertrag als nicht geschlossen behandelt werden soll [24]) — gibt es drei Lehrmeinungen, nämlich:

1. die Theorie der direkten Wirkung,
2. die Theorie der indirekten Wirkung und
3. eine Mittelmeinung.

---

10) § 17, Anm. 19. 11) KO. § 17, Anm. 1. 12) a. a. O. S. 50.
13) a. a. O. S. 271. 14) Anhang zu § 382, Anm. 90 d.
15) a. a. O. S. 89. 16) § 4, Anm. 15. 17) § 4, Anm. 7.
18) § 4, Anm. 4. 19) in ZZP. Band 56, S. 159.
20) in Wirtschaft und Recht 1931, S. 155/6.
21) RG. in LZ. 1915, Sp. 217, Nr. 17; Vergleiche aus der Rechtsprechung ferner OLG. Frankfurt in Recht 1903/291, Nr. 1543.
22) Beiderseits nicht erfüllte Verträge S. 62/63.
23) JW. 1932, S. 147.
24) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldv. S. 132.
25) Düringer-Hachenburg, Bd. IV., S. 107, 314.
26) Düringer-Hachenburg, Bd. IV, S. 315; RG. in Warn. Rechtspr. 1915 Nr. 304: „Die beiderseitige Rückgabepflicht tritt als selbstverständliche Folge des Rücktritts sofort ein".

I. Die Theorie der direkten Wirkung besagt, daß bei gegenseitigen Verträgen die Erklärung des Rücktritts den Vertrag rückwirkend, d. h. von dem Zeitpunkte seines Entstehens ab, zur Auflösung bringt, so als wäre er nicht geschlossen. Mit der einseitigen Erklärung erlöschen die noch nicht erfüllten Ansprüche, und die bereits vollzogenen verlieren ihren Rechtsgrund. Dafür entstehen Rückgewähransprüche, die, falls auf beiden Seiten Leistungen erfolgt waren, als gegenseitige Zug um Zug zu erfüllen sind unter entsprechender Anwendung der §§ 320, 322 BGB.

Das Rücktrittsrecht gehört zu den Gestaltungsrechten. Durch seine Ausübung wird der Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung aufgelöst. Die dinglichen Rechtsänderungen bleiben bestehen, es wird lediglich eine Rückgewährpflicht begründet, die die Parteien so stellen soll, als sei der Vertrag nicht abgeschlossen. [25])

Die Rückgewähransprüche entstehen im Moment des Rücktritts. [26]) Sie beruhen nach einer Ansicht auf der gesetzlichen Sonderregelung des § 346 BGB. [27]), nach einer anderen lediglich auf dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung [28]), nach einer dritten auf Vertrag [29]). Diese Streitfrage ist jedoch für die hier zu behandelnden Fragen unerheblich und bedarf keiner näheren Erörterung.

Die Theorie der direkten Wirkung kann man als herrschende Lehre bezeichnen. Ihr hat sich auch das Reichsgericht [30]) und die übrige Rechtsprechung [31]) angeschlossen. Sie wird vertreten von: Enneccerus-Lehmann [32]), Cosack-Mitteis [33]), Düringer-Hachenburg [34]), Planck [35]) und Philipsborn [36]).

II. Nach der Theorie der indirekten Wirkung bleibt das alte Schuldverhältnis (Vertrag) an sich bestehen. Der Rücktritt bewirkt nur neue Ansprüche auf Rückleistung, bei den noch nicht vollzogenen Leistungen Einreden. Im Gegensatz zu der herrschenden Lehre, die den Vertrag rückwirkend erlöschen läßt (ex-tunc-Wirkung des Rücktritts), schreibt die Theorie der indirekten Wirkung dem Rücktritt nur eine ex-nunc-Wirkung zu. Ihre Ver-

27) RGRK. § 346, Anm. 3; Enneccerus S. 123; Hellwig Anspruch S. 22 ff; Titze, Schuldverhältnisse S. 55; RG. 71/277; 75/201.

28) Oertmann, Anm. 3 zu § 346; Staudinger, Vorb. I 1b γ und zu § 346; Planck, Vorb. 1 b zu § 346.

29) Siméon-David, 1. Hälfte, S. 350.

30) RG. 71/277; 50/266; 54/100.

31) u. a. OLG. Hamburg in OLGRspr. Bd. 32/287 f.

32) Recht der Schuldverhältnisse, S. 132.

33) Lehrbuch Bd. I, S. 474.

34) Das Handelsgesetzbuch, Bd. IV. S. 314 ff, bes. S. 315.

35) Kommentar, Vorb. zu § 346.

36) Begriff und Anwendungsfälle des Rücktritts in Gruch. Beitr. Bd. 64, S. 23.

treter sind u. a. Crome [37]) und Adler [38]), welcher die Ansicht äußert, daß unmittelbar nur die aus dem Vertrage fließenden Wirkungen beseitigt werden, der Vertrag selbst jedoch nicht.

III. Die Mittelmeinung endlich besagt folgendes: Der Rücktritt wirkt ex-nunc. Die noch nicht vollzogenen Leistungen erlöschen. Insoweit die Leistungen schon bewirkt sind, entstehen Rückgewähransprüche. Hauptvertreter dieser Ansicht ist Hellwig [39]). Nach ihm verliert durch die Rücktrittserklärung das Vertragsverhältnis seine Wirkung nicht für die Vergangenheit. Den vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktritt bezeichnet er als die Befugnis, durch einseitige Erklärung das Vertragsverhältnis aufzulösen, und das Versprechen, die schon empfangenen Leistungen derartig rückgängig zu machen, daß der frühere Zustand wieder hergestellt wird. Die Rücktrittserklärung bewirkt nach seiner Ansicht die von der freien Entschließung der Berechtigten abhängige Erfüllung der Bedingung, mit welcher die Verpflichtungen zur Rückerstattung der rechtmäßig empfangenen Leistungen und die entsprechenden Forderungsrechte zur Entstehung gelangen. Hellwig betrachtet also den Rücktrittsvorbehalt als eine rechtsgeschäftliche Bedingung.

Diese Ansicht wird man jedoch als irrig bezeichnen müssen. Wegen der Eigenschaft des Rücktrittsrechts als Gestaltungsrecht kann man einen unter Rücktrittsvorbehalt abgeschlossenen Vertrag nicht als unter der auflösenden rechtsgeschäftlichen Bedingung des Rücktritts abgeschlossen bezeichnen. Vielmehr muß man in der Ausübung des vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrechts mit Oertmann [40]) einen besonderen rechtsvernichtenden Tatbestand erblicken. Das hindert jedoch nicht, wie wir später sehen werden, die aus dem Rücktritt entstehenden Rückgewähransprüche in gewisser Weise wie aufschiebend bedingte (nämlich unter der aufschiebenden Bedingung des Rücktritts) zu behandeln.

IV. Neben dem vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktrittsrecht kennt das Bürgerliche Recht noch das gesetzliche der §§ 325, 326 BGB. [41]), auf das gemäß § 327 BGB. die Vorschriften der §§ 346 bis 356 BGB. entsprechende Anwendung zu finden haben. Daß man beim gesetzlichen Rücktrittsrecht nicht von einer rechtsgeschäftlichen Bedingung reden kann, ist ohne allen Zweifel. Man wird das gesetzliche Rücktrittsrecht auch nicht als auflösende Rechtsbedingung bezeichnen können, wie Oertmann [42]) überzeu-

37) System Bd. II, S. 199. 38) in ZHR. Bd. 75, S. 491.

39) Anspruch S. 21 ff. 40) Oertmann, Die Rechtsbedingung S. 70.

41) Das in § 455 BGB. bei Verkauf unter Eigentumsvorbehalt für den Zweifelsfall angenommene Rücktrittsrecht wird als vertragliches anzusehen sein, und zwar als durch den Zahlungsverzug bedingtes.

42) Rechtsbedingung S. 69.

gend nachweist, da es auf Grund eines notwendig neuen Umstandes entsteht, der beim Geschäftsschluß weder gegeben war, noch auch nur nach der typischen Entwicklung der Dinge als künftig eintretend unterstellt werden konnte. Am ehesten wird man dem gesetzlichen Rücktrittsrecht gerecht, wenn man seine Ausübung wie die des vertraglichen als einen besonderen rechtsvernichtenden Tatbestand ansieht, zumal da sich das vertragliche und das gesetzliche Rücktrittsrecht in ihren Wirkungen nicht unterscheiden.

§ 4.

Die entsprechende Anwendung des § 4 Vergl.O. auf gegenseitige Legalobligationen.

Da im Rahmen dieser Abhandlung die Anwendbarkeit des § 4 Vergl.O. auf das durch den Rücktritt ausgelöste Rückgewährschuldverhältnis untersucht werden soll, interessiert hier lediglich der Rücktritt von einem gegenseitigen synallagmatischen Vertrage. Wird der Rücktritt von einem solchen Vertrage erklärt, nachdem auf beiden Seiten schon Leistungen erbracht worden sind, so entsteht ein Rechtsverhältnis, welches kein Vertragsverhältnis ist, aber dem gegenseitigen Vertrage ähnelt [43]). Auf beiden Seiten werden Leistungen geschuldet. Jeder Teil ist zugleich Gläubiger und Schuldner, und die beiderseitigen Ansprüche stehen derart in Beziehung zueinander, daß jeder seine Leistung verweigern kann, bis der andere Teil seine Leistung bewirkt. Diese in § 348 BGB. ausgesprochene Rückgewährpflicht Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung unter entsprechender Anwendung der §§ 320, 322 BGB. aus dem Titel „Gegenseitiger Vertrag" verleiht den beiderseitigen Rückgewährpflichten jedoch weder den Charakter eines gegenseitigen Vertrages [44]) noch den eines voll synallagmatischen Verhältnisses [45]). Denn die gegenseitige Rückgewährpflicht entspricht nicht dem Grundsatz des do ut des [46]), oder, wie Oertmann [47]) sagt, der Anspruch des einen Teiles ist nicht von vornherein auf eine Gegenleistung des anderen Teiles gerichtet. Es wird durch den Rücktritt auch nicht ein dem

43) Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse § 346, Anm. II. 1. § 348, Anm. 1.

44) Falsch: Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts S. 271: „Der vollständig erfüllte gegenseitige Vertrag wird in einen beiderseits unerfüllten Vertrag auf entgegengesetzte Leistung umgewandelt, wenn vor Konkursbeginn ein Vertragsteil den vorbehaltenen Rücktritt erklärt hatte".

45) RGRK. zu § 348.

46) Nagel, Nichterfüllte Verträge S. 63.

47) Oertmann, Kommentar § 348, Anm. 1.

gegenseitigen Vertrage gleichzusetzendes Schuldverhältnis geschaffen, wie das Reichsgericht in RG. 66/68 für das durch Wandlungsurteil entstehende Rechtsverhältnis annahm, weil gegenseitige Zug um Zug zu erfüllende, aus demselben Rechtsverhältnis entspringende Verbindlichkeiten in Frage ständen. Dieser Standpunkt ist vom Reichsgericht in RG. 93/47 ff. auch wieder verlassen worden, weil das Wesentliche und die Natur des Rechtsverhältnisses Bestimmende bei der Wandlung und damit auch beim Rücktritt nicht wie beim gegenseitigen Vertrage ein Austausch von Leistung und Gegenleistung ist, sondern gerade die Beseitigung des auf einen solchen Austausch gerichteten Vertrages [48]). Daran ändert, wie das Reichsgericht weiter in den Gründen zu diesem Urteile sagt, auch nichts die durch das Gesetz vorgeschriebene entsprechende Anwendung der §§ 320, 322 BGB., weil es sich hier nur um eine nebensächliche Folge der Rückgängigmachung des Kaufvertrages handelt, die ja nach dem zufälligen Stande der beiderseitigen Leistungen auch ausbleiben kann.

Cohn [49]) verneint allgemein die Existenz einer dem gegenseitigen Vertrage entsprechenden Legalobligation, da die auf dem Parteiwillen beruhende besondere Verbundenheit von Leistung und Gegenleistung, daß die eine nur um der anderen willen gewollt ist, bei Legalobligationen fehle. Letzteres ist gewiß richtig, denn bei Legalobligationen spielt der Parteiwille keine Rolle. Cohn muß aber zugeben, daß es zweiseitige Legalobligationen gibt, zu denen er das zweiseitige Rücktrittsschuldverhältnis rechnet, die Zug um Zug zu erfüllen sind und „beiden Teilen bis zur Bewirkung der Leistung des anderen eine der Einrede des nichterfüllten Vertrages nachgebildete Einrede gewähren", die Parteien also nicht, wie bei der gewöhnlichen Legalobligation auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts beschränken [50]).

Den hier wiedergegebenen Aeußerungen Cohn's über die Rechtsnatur der Legalobligation ist insoweit zuzustimmen. Er behauptet aber weiter, daß § 4 Vergl.O. auf eine zweiseitige Legalobligation aus Rücktritt oder Wandlung eines gegenseitigen Vertrages keine Anwendung finden könne. Er beruft sich dabei auf RG. 93/47 ff., u. E. zu unrecht. Denn diese Entscheidung befaßt sich lediglich damit, ob die in § 348 BGB. nicht genannten Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge auf das Wandlungsschuldverhältnis Anwendung zu finden haben. Das wird allerdings, wie wir gesehen haben, verneint, weil kein gegenseitiger Vertrag

48) Siehe auch Planck, Kommentar § 467, Anm. 2.

49) JW. 1932, S. 146 ff.

50) Vergl. auch Oertmann, Kommentar § 346 Anm. 3: „Die gegegenseitigen Rückgewähransprüche sind nicht synallagmatisch verknüpft, es entspricht aber ihrer gemeinsamen Herkunft, sie in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zu setzen, wodurch sich die Bestimmung des § 348 BGB. erklärt."

vorliege. Diese Beweisführung hat aber nichts damit zu tun, ob auf die gegenseitigen gesetzlichen Rückgewährschuldverhältnisse, die einem gegenseitigen Vertrage ähneln, die §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. Anwendung finden können. Dafür kommt es weniger darauf an, ob die Ansprüche in einem synallagmatischen Verhältnisse zueinander stehen, also von vornherein nach dem subjektiven Willen der Parteien voneinander abhängig sein sollen, als darauf, ob der den §§ 320, 322 BGB., die auf das Rückgewährschuldverhältnis angewendet werden, zugrunde liegende Gedanke auch in den §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. enthalten ist. Mit anderen Worten: Es handelt sich nicht um die direkte Anwendung der §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. auf die gegenseitigen Legalobligationen, die nur dann möglich wäre, wenn gegenseitige Legalobligationen synallagmatische Verträge wären, sondern um ihre analoge Anwendung. Die entsprechende Anwendung der angeführten Bestimmungen ist aber mit dem Reichsgericht [51]), welches eine zweiseitige Legalobligation heute sehr wohl von einem synallagmatischen Schuldverhältnisse zu unterscheiden weiß, unbedingt zu bejahen. Der entscheidende Gesichtspunkt, der zur analogen Anwendung führen muß, ist der von Rühl [52]) angeführte, daß § 348 BGB. den § 320 BGB. auf das Rücktrittsschuldverhältnis für entsprechend anwendbar erklärt und daher mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang zwischen § 320 BGB. und den §§ 17 KO. u. 4 Vergl.O. (sämtl. Bestimmungen verfolgen denselben Schutzzweck) [53]) auch diese Vorschriften angewendet werden müssen.

Die Berücksichtigung dieses Schutzzweckes und die enge Verwandtschaft der angezogenen Bestimmungen führt zu folgenden Erwägungen: Bei vollkommen gegenseitigen (synallagmatischen) Verträgen ist das Zurückbehaltungsrecht der §§ 320, 322 BGB. gegeben. Forderungen aus diesen synallagmatischen Verträgen werden, wenn die Voraussetzungen des § 4 Vergl.O. — beiderseitige Nichterfüllung — gegeben sind, von dem Vergleich nicht betroffen. § 4 Vergl.O. findet Anwendung. Bei zweiseitigen, aber nicht streng gegenseitigen Verträgen (contractus bilaterales inaequales) dagegen steht den Parteien nur das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. zur Verfügung. Bei diesen nicht gegenseitigen Verträgen ist auch die Anwendung des § 4 Vergl.O. ausgeschlossen, selbst dann, wenn diese Verträge beiderseits nicht voll erfüllt sind.

Das gegenseitige Rückgewährschuldverhältnis des § 346 BGB. ist nun weder ein contractus bilateralis aequalis noch ein contractus bilateralis inaequalis. Seiner Rechtsnatur nach wäre es eher wie ein contractus bilateralis inaequalis zu behandeln. Trotzdem

51) RG. in LZ. 1915, Sp. 217, Nr. 17.
52) Rühl in ZZP., Bd. 56, S. 159.
53) Jaeger KO. § 17, Anm. 19; Rubin S. 21 f, 89.

aber ist den Parteien vom Gesetz nicht das allgemeine Zurückbehaltungsrecht des § 273, sondern das besondere der §§ 320, 322 BGB., welches an sich nur bei gegenseitigen Verträgen gegeben ist, zur Seite gestellt. Das Gesetz stellt also insoweit das durch den Rücktritt geschaffene gesetzliche Rückgewährschuldverhältnis den gegenseitigen Verträgen gleich.

Betrachten wir nunmehr die Parallele, die wir im vorhergehenden Absatz gezogen haben. § 4 Vergl.O. und die §§ 320, 322 BGB. stehen dort offensichtlich in einem engen Zusammenhang. Wo letztere angewendet werden, ist auch Raum für § 4 Vergl.O., denn der Grundgedanke der angeführten Bestimmungen ist übereinstimmend der, daß bei einem gegenseitigen Vertrage niemand gezwungen sein soll, die ihm obliegende Leistung ohne volle Gegenleistung zu erbringen. Was liegt nun näher, als auf das zweiseitige aus dem Rücktritt entspringende Rückgewährschuldverhältnis nicht nur die §§ 320, 322 BGB. anzuwenden, sondern auch den § 4 Vergl.O. Bei Berücksichtigung der Parallelität der angeführten Bestimmungen werden keine Bedenken mehr bestehen, das beiderseitige Rücktrittschuldverhältnis auch im Vergleichsverfahren nicht wie einen contractus bilateralis inaequalis, sondern wie einen vollkommen gegenseitigen Vertrag zu behandeln [54]).

---

54) A. M. Nagel S. 62/63.

Eigentlich sollte auch Nagel die Anwendbarkeit der §§ 4, 28 Vergl.O. auf das durch den Rücktritt entstehende gegenseitige Legalschuldverhältnis trotz seines nicht streng synallagmatischen Charakters bejahen. Auf Seite 25, 26 a. a. O. beruft er sich auf Grimms Lehre (Begründete Vermögensansprüche S. 68 ff.) über die Abgrenzung zwischen den beteiligten und unbeteiligten (begründeten) Vermögensansprüchen. Grimm unterscheidet nämlich zwischen Abschlußforderungen, die zu einer vollständigen Lösung des Schuldverhältnisses führen, so daß nach ihrer Erfüllung Vermögensbewegungen in entgegengesetzter Richtung nicht mehr erwartet werden können (z. B. die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises einer bereits gelieferten und zu Eigentum übertragenen Sache) und Anstoßforderungen oder Initialforderungen, die „auf eine Vermögensänderung gerichtet sind, in denen sich also das Schuldverhältnis nicht erschöpft, sondern die erst den Auftakt geben sollen zu einer Vermögensbewegung in entgegengesetzter Richtung. Diese letzteren können den Charakter der Gegenleistung (des Entgeltes) tragen, und so gehören hierher alle Forderungen aus beiderseits nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen". (Grimm S. 68).

Auf Grund dieser Unterscheidung kommt Grimm unter Hinweis auf die §§ 65 Abs. 1, 69 und 70 KO. (S. 69) zu dem richtigen Satze, daß nur die Abschlußforderungen, mit Hinblick auf den Zweck des Konkursverfahrens betrachtet, diesem Zweck gerecht werden können, da sie allein unmittelbar zu einer Liquidation des Schuldverhältnisses führen.

Hieran anschließend bezeichnet Nagel es als den Zweck des Vergleichsverfahrens, alle Abschlußforderungen dem Vergleich zu unterwerfen und nur die Anstoß- oder Initialforderungen unberührt zu las-

Cohn macht allerdings noch einen Einwand gegen die analoge Anwendung des § 4 Vergl.O. auf das Rücktrittsschuldverhältnis[55]). Er behauptet, daß die §§ 4, 28 Vergl.O. nur auf Verträge angewendet werden dürften, denn der § 28 Abs. 2 Vergl.O. lege den Organen des Vergleichsverfahrens eine besondere Prüfungspflicht auf, die die Erfüllbarkeit des Vertrages auf den Erfolg des Vergleichsverfahrens hin zum Gegenstand habe. Er meint, diese Bestimmung sei nur auf Verträge zugeschnitten, übersieht dabei aber, daß diese Prüfungspflicht genau so gut bei Legalobligationen gegeben ist, denn man kann selbstverständlich bei einer analogen Anwendung des § 4 Vergl.O. die entsprechende Anwendung des § 28 Vergl.O. nicht unterlassen, da diese beiden Bestimmungen in einem organischen Zusammenhang und gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. § 28 Vergl.O. bildet demnach auch kein Hindernis für die hier vertretene Ansicht, daß der § 4 Vergl.O. auf das aus dem Rücktritt entspringende zweiseitige gesetzliche Schuldverhältnis entsprechend anzuwenden ist.

---

sen. Da aber auch die gegenseitigen Rückgewähransprüche aus dem Rücktrittsschuldverhältnisse Initialforderungen sind, müßte auch nach Nagel die Rückgewährforderung des Gläubigers vom Vergleich unberührt bleiben. Dieser Schlußfolgerung entzieht sich Nagel aber mit der Behauptung, nur dann lägen Initialforderungen vor, wenn auf beiden Seiten noch Erfüllungsansprüche (aus dem ursprünglichen Vertrage) beständen. Das stimmt aber nicht mit dem von Grimm aufgestellten Begriff der Initialforderungen überein. Wenn man jedoch wie Nagel die Grimm'sche Definition als richtig, wenn auch z. Zt. noch ungebräuchlich ansieht, darf man nicht nur die ursprünglichen Erfüllungsansprüche als Initialforderungen betrachten.

Daß sich Nagel an dieser Stelle auf Grimm bezieht, beruht offensichtlich auf einem Mißverständnis. Denn Grimm behauptet keineswegs, daß es der Zweck des Konkursverfahrens (entsprechend des Vergleichsverfahrens) sei, die Initialforderungen vom Verfahren unberührt zu lassen, sondern nur, daß „Forderungen, welche nicht von Hause aus schon Abschlußforderungen sind, im Konkurse nur in Form von Abschlußforderungen geltend gemacht werden können" (Grimm S. 69). Grimm überläßt es im übrigen dem Gesetz, ob die Initialforderungen als solche bestehen bleiben, also nicht beteiligt sind, (Initialforderungen bei gegenseitigen Verträgen im Falle des Erfüllungsverlangens des Konkursverwalters § 17 KO.) oder in Abschlußforderungen umgewandelt werden. (Z. B. das Recht auf Auszahlung eines versprochenen Darlehens, das Recht auf Leistung von Beiträgen zu einer Gesellschaft, die Forderung der Aktiengesellschaft gegen den Zeichner einer Aktie). Demnach kommt man selbst dann, wenn man sich die Unterscheidung von Grimm zwischen Abschluß- und Initialforderungen zu eigen macht, allein auf diesem Wege nicht zur Lösung der Frage, ob es möglich ist, die Forderung des Gläubigers aus dem gegenseitigen Rückgewährschuldverhältnis (diese ist eine Initial-, nicht Abschlußforderung) unter den § 4 Vergl.O. zu bringen. Diese Frage läßt sich vielmehr nur auf dem im Text beschrittenen Wege lösen.

55) JW. 1932, S. 146 ff.

Diese Meinung führt, wie demnächst dargelegt wird, auch zu billigen Ergebnissen, die bei Nichtanwendung des § 4 oft nicht erreicht werden. Vom Standpunkte des Schuldners und des Gläubigers aus betrachtet besteht ja auch kein Unterschied zwischen einem beiderseits nicht erfüllten gegenseitigen Vertrage und einem beiderseitigen aus Rücktritt oder Wandelung entstehenden Rückgewährschuldverhältnis. Es sei in diesem Zusammenhang noch einmal auf die Parallelität zwischen § 4 Vergl.O. und §§ 320, 322 BGB. hingewiesen. Berücksichtigt man, daß § 348 BGB. bei der Legalobligation des Rücktritts ausdrücklich auf die an sich nicht anwendbaren Vorschriften über die gegenseitigen Verträge verweist, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht mit der herrschenden Lehre gegen Nagel und Cohn die §§ 4. 28 ff. Vergl.O. auf die gegenseitigen Rückgewährschuldverhältnisse aus Rücktritt (und Wandelung §§ 467. 348 BGB.) angewendet werden sollen. Denn wenn das Legalschuldverhältnis in das Konkurs- oder Vergleichsverfahren fällt, bleibt selbstverständlich der Hinweis des § 348 BGB. auf die §§ 320, 322 BGB. bestehen.

Auswertung des gewonnenen Ergebnisses auf Einzelfälle

§ 5.

Der Rücktritt vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens.

1. Es soll zunächst der Fall behandelt werden, daß sich der Käufer im Vergleichsverfahren befindet.

a) Haben vor Vergleichseröffnung beide Teile voll erfüllt, ist aber ebenfalls vor Vergleichseröffnung von einem Teile der vertragsmäßig vorbehaltene Rücktritt erklärt worden, so entsteht ein beiderseitiges gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis. Nach unserer Ansicht, welche der herrschenden Lehre entspricht, fällt diese Legalobligation, wenn sie nur z. Zt. der Vergleichseröffnung noch beiderseitig ist, unter den § 4 Vergl.O., so daß der Verkäufer mit seinem Anspruch auf Rückgewähr der verkauften Sache nicht unter den Vergleich fällt. Da jedoch nicht nur § 4 Vergl.O. sondern auch § 28 Vergl.O. Anwendung findet, ist es möglich, daß sowohl der Gläubiger als auch der Vergleichsschuldner die weitere Erfüllung des Legalschuldverhältnisses mit Ermächtigung des Gerichts ablehnen, wenn die Ermächtigung innerhalb der Zweiwochenfrist des § 28 Abs. 2 Vergl.O. bei dem Gericht nachgesucht worden ist. Der Vergleichsschuldner ist also nicht unbedingt zur Erfüllung eines den Vergleich gefährdenden gesetzlichen Schuldverhältnisses gezwungen, genau so wenig wie das bei einem gegenseitigen Vertrage der Fall ist.

Wendet man vorliegend den § 4 Vergl.O. mit Nagel und Cohn nicht an, so ist der Gläubiger zur vollen Rückerstattung des Kaufpreises verpflichtet, während er mit seinem Anspruch auf Rückgewähr der verkauften Sache, den er nach § 2 Vergl.O., § 69 KO. in Reichswährung geltend machen muß, auf die Vergleichsquote beschränkt ist. Dieses an sich durchaus unbillige Ergebnis wird allerdings in diesem Falle dadurch gemildert, daß der Gläubiger zur Aufrechnung befugt ist. Nach § 36 Vergl.O. in Verbindung mit § 54 KO. kann er nämlich seinen in eine Geldforderung umgewandelten Anspruch auf Rückgewähr mit seiner Zahlungspflicht aufrechnen, so daß ihm ein größerer Schaden durch die Nichtanwendung des § 4 Vergl.O. in diesem Falle kaum entstehen dürfte.

b) Hat vor der Vergleichseröffnung der Verkäufer voll erfüllt, der Käufer — Vergleichsschuldner nur eine Anzahlung geleistet, und wird vor der Vergleichseröffnung von einem Teile der vertragsmäßig vorbehaltene Rücktritt (§ 346 oder 455 BGB.) erklärt oder von dem gesetzlichen Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht, so entsteht ebenfalls ein beiderseitiges gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis, auf das wir den § 4 Vergl.O. anwenden. Auch ist für beide Teile die Möglichkeit der Erfüllungsablehnung gegeben. Lehnt man dagegen die entsprechende Anwendung des § 4 Vergl.O. ab, so muß auch hier der Verkäufer an sich die volle Anzahlung zurückgewähren, ohne seine Leistung voll zurückzuerhalten. Allerdings wird für den Gläubiger ein größerer Schaden dadurch vermieden, daß er von seiner Aufrechnungsbefugnis Gebrauch macht. Ist die Anzahlung des Vergleichsschuldners groß gewesen, so steht sich der Verkäufer relativ günstig. Hat der Vergleichsschuldner dagegen nur eine ganz geringe Zahlung geleistet, so nützt dem Verkäufer seine Aufrechnungsbefugnis nur wenig.

c) Hat vor der Vergleichseröffnung nur der Verkäufer geleistet, ohne vom Käufer — Vergleichsschuldner eine Zahlung zu erhalten, und ist vor Vergleichseröffnung der Rücktritt erklärt worden, so liegt ein einseitiges Rückgewährschuldverhältnis vor, welches den allgemeinen Grundsätzen des Vergleichsverfahrens unterliegt. § 4 Vergl.O. läßt sich selbstverständlich nicht anwenden. Der Verkäufer fällt mit seinem Rückgewähranspruch unter den Vergleich.

2. Erwachsen dem nicht im Vergleichsverfahren befindlichen Teil bei Nichtanwendung des § 4 Vergl.O. auf das Rücktrittsschuldverhältnis verhältnismäßig wenig Nachteile, wenn er Verkäufer ist, so ändert sich das Bild sofort, wenn der Vergleichsschuldner Verkäufer ist.

a) Wird vor Vergleichseröffnung der Rücktritt von einem beiderseits voll erfüllten gegenseitigen Vertrage erklärt, so liegt

bei Vergleichseröffnung ein beiderseits nicht erfülltes zweiseitiges Rückgewährschuldverhältnis vor, auf welches wir mit der herrschenden Lehre den § 4 Vergl.O. anwenden, so daß der Vergleichsschuldner zur Rückgewähr des Kaufpreises, die Gegenseite zur Rückerstattung der gekauften Sache verpflichtet ist, unbeschadet der nach § 28 ff. möglichen Erfüllungsablehnung.

Findet der § 4 Vergl.O. keine Anwendung, so ist der Käufer zur vollen Rückgewähr der gekauften Sache verpflichtet, während er mit seinem Anspruch auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises auf die Vergleichsquote beschränkt ist. Konnte der nicht im Vergleichsverfahren befindliche Teil in den unter 1 behandelten Fällen sich durch Aufrechnung vor erheblichem Schaden bewahren, so ist ihm dies hier nicht möglich. Denn da sich ein Anspruch auf Leistung einer Sache und ein Geldanspruch gegenüberstehen, ist wegen Ungleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche die Aufrechnung ausgeschlossen.

b) Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn der Verkäufer — Vergleichsschuldner voll erfüllt und der Käufer nur eine Anzahlung geleistet hat. Ist der Rücktritt vor Vergleichseröffnung erklärt, so liegt wieder ein z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens beiderseits nicht erfülltes gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis vor. Wendet man § 4 Vergl.O. an, so kann der Verkäufer — Vergleichsschuldner die von ihm verkaufte Sache zur Vergleichsmasse zurückfordern, muß aber seinerseits den angezahlten Kaufpreis zurückerstatten. Anders aber bei Nichtanwendung des § 4 Vergl.O. In diesem Falle muß der Käufer die gekaufte Sache zurückgewähren, während sein Anspruch auf Rückgewähr der Anzahlung quotenmäßig beschränkt ist. Eine Aufrechnung ist nicht möglich.

c) Hat der Verkäufer — Vergleichsschuldner noch nichts geleistet, während der Käufer gezahlt oder eine Anzahlung geleistet hat, und wird vor Vergleichseröffnung der Rücktritt erklärt, so findet selbstverständlich auch nach der herrschenden Lehre § 4 Vergl.O. keine Anwendung, da kein gegenseitiges Rückgewährschuldverhältnis vorhanden ist.

Vergleicht man die mit Anwendung des § 4 Vergl.O. erzielten Ergebnisse mit denen, die sich ohne Anwendung dieser Bestimmung ergeben, so wird man, besonders bei den Fällen a) und b) feststellen müssen, daß, vom Standpunkte der Billigkeit aus betrachtet, der herrschenden Lehre unbedingt der Vorzug zu geben ist. Wenn man schon, wie es der Gesetzgeber tut, den dem § 4 Vergl.O. zugrundeliegenden Gedanken bejaht, muß man sich auch zu einer Ausdehnung des § 4 Vergl.O. auf zweiseitige Legalobligationen, sofern diese nur einem gegenseitigen Vertrage ähneln, verstehen. Das ist rechtspolitisch notwendig und nach dem Wortlaut und Sinn des § 4 Vergl.O. auch zulässig.

Der Rücktritt nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens

§ 6.

Die Zulässigkeit des Rücktritts nach der Eröffnung des Verfahrens.

Ist die Rechtslage verhältnismäßig einfach, falls der Rücktritt vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens erklärt wird, so ergeben sich desto größere Schwierigkeiten rechtlicher Art, wenn die Rücktrittserklärung nach diesem Termine erfolgt. Ist der Rücktritt überhaupt noch möglich, oder ist die Erfüllungsablehnung der einzige Weg, von dem Vertrage loszukommen? Sind die durch den Rücktritt ausgelösten Rückgewähransprüche Neuforderungen, oder sind sie schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründete Vermögensansprüche? Fallen sie unter den Vergleich oder nicht?

Die erste Frage wird in Literatur und Rechtssprechung zutreffend dahin beantwortet, daß auch nach der Eröffnung des Verfahrens der vorbehaltene oder gesetzlich begründete Rücktritt erklärt werden kann.[56]) Denn das Rücktrittsrecht wird, da es als Gestaltungsrecht kein Vermögensanspruch ist, vom Verfahren nicht berührt.[57]) Demnach ist den Parteien der Rücktritt selbstverständlich auch im Vergleichsverfahren freigestellt. Das gilt allerdings nur mit der Einschränkung, daß das Rücktrittsrecht als vorbehaltenes oder gesetzliches nach allgemeinen Grundsätzen begründet ist. Etwa deswegen, weil der Vertragsgegner sich im Vergleichsverfahren befindet, ist dem andern Teil ein Rücktrittsrecht nicht gegeben. Die clausula rebus sic stantibus ist hier genau so wenig anzuwenden wie sonst auch. Der Gläubiger hat ferner dann kein Rücktrittsrecht mehr, wenn der Vergleichsschuldner die weitere Erfüllung des Vertrages mit gerichtlicher Ermächtigung wirksam abgelehnt hat[58]). Denn Erfüllungsablehnung und Rücktritt vom Vertrage schließen einander aus[59]). Zwar erlischt durch die Erfüllungsablehnung nicht der Vertrag als solcher; es werden vielmehr nur die Erfüllungsansprüche berührt, jedoch kann der Gläubiger, da er auf den Schadensersatzanspruch des § 30 Vergl.O. beschränkt ist, aus dem Vertrage keine weiteren Rechte mehr geltend machen, also auch nicht mehr das Rücktrittsrecht.

56) z. B. Staub, Anhang zu § 382, Anm. 89.
57) Jaeger KO. § 3, Anm. 8a; Rubin S. 19.
58) So auch Bendix § 30 Anm. 4; RG. 56/240.
59) RG. 73/63; Jaeger KTW. 1929, S. 17, KO. § 17, Anm. 44.

§ 7.

Die Erfüllung im Sinne des § 4 Vergl.O.

Für die weitere Untersuchung der angeschnittenen Fragen soll als Ausgangspunkt folgender Tatbestand dienen: z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens haben beide Teile, Gläubiger und Vergleichsschuldner, den Vertrag noch nicht vollständig erfüllt. Nach der Eröffnung wird vom Gläubiger der Rücktritt erklärt.

Wann ein Vertrag im Sinne des § 4 Vergl.O. erfüllt bezw. nicht vollständig erfüllt ist, ist streitig. Bestritten ist insbesondere, ob das Gesetz es bei dem Begriff „Erfüllung" auf den Leistungserfolg oder auf die Leistungshandlung abstellt. Die herrschende Lehre[60]) wie auch das Reichsgericht[61]) nehmen an, daß ein Vertrag erst dann vollständig erfüllt sei, wenn der Leistungserfolg eingetreten ist. Diese Meinung stellt den Begriff „Erfüllung" in § 4 Vergl.O. dem in §§ 362 ff. BGB. gleich, während Rühl[62]) in seiner Abhandlung „Vergleichsordnung und Verkauf unter Eigentumsvorbehalt" lehrt, daß man auf die Leistungshandlung abzustellen habe. Den letzteren Standpunkt vertreten auch Oertmann[63]) und Sandrock[64])[65]). Der Gedankengang dieser Schriftsteller ist ungefähr folgender: Es läge kein Anlaß vor, dem Konkursverwalter dann, wenn von einer Seite die Leistungshandlungen restlos vorgenommen sind, aber der Leistungserfolg aus irgendeinem Grunde noch nicht eingetreten ist, noch ein Wahlrecht zu geben und dadurch die vollzogenen Leistungshandlungen, insbesondere soweit sie solche des Gemeinschuldners seien, nicht mehr anzuerkennen. Denn das, was jetzt noch zu dem Eintritt des Leistungserfolges hinzukommen müsse, vollziehe sich ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldners

60) Jaeger KO. § 17, Anm. 10; Mentzel KO. § 17, Anm. 2; Kiesow § 4, Anm. 7, 8a. Wilmersdoerffer-Selo § 4 Anm. 3; Simeon-David Bd. II S. 590; Maeder S. 10; Cahn § 28 C; Nagel S. 54; Levy Vergl.O. § 4, Anm. 2; Hellmann, Konkursrecht S. 265; Samolewitz Vergl.O. § 4, Anm. 11; Sarwey-Bossert KO. § 17, Anm. 2; Staub Anhang zu § 382, Anm. 78; Düringer-Hachenburg Bd. IV Vorb. zu § 368, S. 1211.

61) RG. 85/403; 133/42, 43; OLG. Hamm in JW. 1926/2115; JW. 1927/730.

62) ZZP. Bd. 56, S. 154 ff.

63) ZHR. Bd. 93, S. 356 ff, insbes. S. 396 ff; LZ. 1927, Sp. 13 ff.

64) Sandrock S. 67.

65) Für den Verkauf unter Eigentumsvorbehalt nimmt Leonhard: Bes. Schuldrecht S. 35, 36, 41 an, daß die Eigentumsübertragung unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises volle Erfüllung sei. Er kommt zu dieser Ansicht aber nicht aus den von Rühl, Oertmann und Sandrock angeführten Gründen, sondern weil er überhaupt leugnet, daß die Eigentumsübertragung zur Vertragspflicht gehöre.

durch die Logik der Tatsachen. Rechtspolitisch sei deshalb eine Auslegung des Begriffes „erfüllt", wie sie die herrschende Lehre vornehme, nicht zu billigen. Sie sei aber auch nicht geboten, da das Gesetz nicht vorschreibe, was unter dem Begriff „Erfüllung" zu verstehen sei. Es sei deshalb nicht erforderlich, den Eintritt des Leistungserfolges (Erfüllung im Sinne des § 362 BGB.) mit dem „Erfülltsein" des § 17 KO. zu identifizieren [66]). Nach der Ansicht von Rühl, Oertmann und Sandrock ist demnach ein Vertrag vom Schuldner im Sinne der §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. vollständig erfüllt, wenn der Schuldner sämtliche Leistungshandlungen erbracht hat, zu welchen er auf Grund des Vertrages verpflichtet war. Danach soll der Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt den Vertrag erfüllt haben, wenn er die verkaufte Ware dem Schuldner übergeben hat, so daß dieser Eigentum erwerben kann und erwirbt, falls er den bedungenen Kaufpreis zahlt [67]).

Es ist zweifellos, daß der Verkäufer keine positiven Leistungshandlungen mehr zu erbringen hat und insbesondere, um den Eigentumsübergang zu ermöglichen, im Zeitpunkte der Erfüllung der Bedingung der Zahlung den Willen zur Eigentumsverschaffung nicht mehr zu haben braucht [68]). Trotzdem aber ist der Vertrag, wie die herrschende Lehre annimmt, nicht nur im

66) Sandrock S. 68.

67) Ebertsheim ist in JW. 1930/3704 der Ansicht, daß man den Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt so behandeln müsse, als wenn er bereits erfüllt habe. Denn mit der Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts sei nur ein Ersatz für die auf Grund des § 1205 BGB. nicht mögliche Bestellung eines Pfandrechts bezweckt. Da man sich aber darüber klar sei, daß der Verkäufer trotz des Eigentumsvorbehalts alles getan habe, um seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage zu erfüllen, wirtschaftlich also erfüllt habe, so bestehe für den Verkäufer zwar formelles, aber nicht materielles Eigentum.

Auerbach (Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht 1930, S. 69) will beim Eigentumsvorbehaltsverkauf solcher Sachen, die vom Käufer zum Zwecke des Weitervertriebs angeschafft sind, auf Seiten des Verkäufers Erfüllung annehmen, weil hier durch Parteivereinbarung die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung ausgeschlossen sei. Dieser Ansicht, der sich das OLG. Hamburg in LZ. 1933, Sp. 63, Nr. 6 angeschlossen hat, wird von Rubin, Seite 9 mit Recht entgegengehalten, daß ein Kaufvertrag, auf Grund dessen der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung nicht verpflichtet sein soll, begrifflich unmöglich ist.

Merkel stimmt in JW. 1931/2088 f. Auerbach im Wesentlichen zu. Er lehnt die Unterscheidung zwischen Erfüllungshandlung und Leistungserfolg (Rühl, Oertmann) und formellem und materiellem Eigentum (Ebertsheim) ab.

Neuschäffer (Die Bedeutung des Eigentumsvorbehalts in der Vergleichsordnung in Jur. Rdsch. 1932 S. 249 ff. insbes. 251) endlich ist der Meinung, daß der Vertrag mit der Begründung eines fremdrechtsfreien Anwartschaftsrechts ebenso erfüllt sei wie mit der Uebertragung unbelasteten Eigentums.

68) Falsch: RG. 64/207.

Sinne des § 362 BGB., sondern auch der §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. nicht vollständig erfüllt. Aus der Tatsache, daß der Verkäufer noch Eigentümer ist und im Konkurse gemäß § 43 KO. ein Aussonderungsrecht an dem verkauften Gegenstande hat, ergibt sich, daß er den Kaufvertrag objektiv noch nicht erfüllt hat, so daß eine vollständige Erfüllung noch nicht vorliegt und der Käufer noch Erfüllungsansprüche hat. Nur auf diesen objektiven Erfolg können die Vorschriften der §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. ihrem Wortlaut und Zweck nach bezogen werden. Die Erwägungen Oertmanns, Sandrocks und Rühls, daß die Verpflichtung des Käufers sich auf die bedingte Uebereignung beschränke, werden, wie das Reichsgericht[69]) zutreffend ausführt, dem Parteiwillen nicht gerecht, der in allen Fällen des Kaufes unter Eigentumsvorbehalt sich auf die Verschaffung unbedingten Eigentums richtet. Es ist unerheblich, daß der Eigentumsübergang nur von dem Willen des Käufers abhängt, Tatsache bleibt, daß der Verkäufer das Eigentum noch nicht verschafft, also im Sinne der §§ 433 Abs. 1. 362 BGB. noch nicht erfüllt, vielmehr der vollen Erfüllung „geflissentlich ein Hindernis in den Weg gelegt hat“ [70]). Das war bei Schaffung der Vergleichsordnung für den dem § 4 Vergl.O. entsprechenden § 17 KO. herrschende Lehre [71]). Dem Gesetzgeber hat diese Lehre zweifellos vorgeschwebt. Es besteht deshalb bei Auslegung der Vergleichsordnung kein Grund, davon abzuweichen, wenngleich man, wie Rühl [72]) zutreffend ausführt, bei der Auslegung von Gesetzen nicht unbedingt auf die Entstehungsgeschichte zurückzugreifen hat.

Es ist hier nicht der Ort, auf diese Streitfrage näher einzugehen. Wir vertreten die herrschende Lehre, nach welcher ein Vertrag, bei dem die Erfüllung im Sinne des Eintritts des Leistungserfolges noch nicht vorliegt, als unerfüllt angesehen werden muß. Die für diese Streitpunkte in Frage kommenden Fälle sind hauptsächlich der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB.), sowie der Verkauf und die Auflassung eines Grundstücks, dessen Umschreibung bewilligt und beantragt, aber noch nicht erfolgt ist.

Nichterfüllung eines Vertrages seitens des Käufers wird auch dann angenommen, wenn der Käufer zwar den Kaufpreis gezahlt, aber die Kaufsache noch nicht abgenommen hat. Denn die Abnahme sei eine Schuldnerverpflichtung [73]). Dagegen wendet sich

69) RG. 133/42—44.

70) So Wallach in Jur. Rdsch. 1930/116 u. zuerst Jaffé: Der Eigentumsvorbehalt. Seine Wirkungen im Konkurse des Käufers, S. 88.

71) Vergl. die Literaturnachweise bei Nagel S. 56.

72) Rühl ZZP. 56/170.

73) Mentzel § 17, Anm. 2; Jaeger § 17, Anm. 13.

74) Jacobson, Jur. Rdsch. 1929, S. 96.

mit Recht Jacobson[74]) mit Berufung auf die enge Verwandtschaft zwischen § 320 BGB. und den §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. Wenn die Abnahme sich nicht als Hauptverpflichtung darstellt, an der der Verkäufer aus dem Zweck und der Natur des Vertrages (z. B. Verkauf auf Abbruch) ein erhebliches Interesse hat, wird man eine Nichterfüllung im Sinne des § 4 Vergl.O. nicht annehmen können. Denn der Sinn dieser Bestimmung ist doch der, daß dem nicht im Verfahren befindlichen Teil nicht zugemutet werden soll, zu Gunsten des Vergleichsschuldners noch eine Verminderung seines Vermögens vorzunehmen, ohne den entsprechenden vollen Gegenwert zu erhalten. Davon kann aber, wenn bloß die Abnahme aussteht, keine Rede sein, denn die Abnahme ist keine Vermögensminderung. Es wird auch keinem Gläubiger einfallen, anzunehmen, daß er unter solchen Umständen den Vertrag noch nicht erfüllt habe. Diesen Gedanken wird er vielmehr in der Regel zurückweisen. Auch das Reichsgericht[75]) nimmt in solchen Fällen an, daß der Vertrag vom Käufer voll erfüllt sei[76]).

§ 8.

Die durch den Rücktritt von einem beiderseits nicht voll erfüllten gegenseitigen Vertrage entstehende Legalobligation wird vom Vergleichsverfahren nicht berührt, wenn der Rücktritt nach dessen Eröffnung erklärt wird. Sie ist jedoch kein Neugläubigerschuldverhältnis.

I. Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Vergleichseröffnung von beiden Parteien noch nicht vollständig erfüllt, so wird er gemäß § 4 Vergl.O. vom Vergleichsverfahren nicht betroffen. Die Nichtbeteiligung ist ganz klar ausgesprochen, und es tritt nicht, wie beim § 17 KO. bis zur Erklärung des Konkursverwalters, ob er Erfüllung verlange oder nicht, ein Schwebezustand ein. Falls nicht ein Teil, der Gläubiger oder der Schuldner, gemäß § 28 Vergl.O. mit Genehmigung des Gerichts die Ablehnung der weiteren Erfüllung erklärt, bleibt das Vertragsverhältnis auch vom Vergleichsverfahren unberührt. So können die Parteien weiterhin von ihnen zustehenden Gestaltungsrechten, die schon deswegen, weil sie keine Vermögensansprüche sind, unberührt bleiben, Gebrauch machen. Das gilt insbesondere vom Rücktritt, aber auch vom Wandlungsrecht.

Wird der vorbehaltene Rücktritt erklärt, so verwandelt sich das Vertragsverhältnis in eine gegenseitige Legalobligation. Die

75) RG. in Warn. Rechtspr. 1926, Nr. 115.

76) Jaeger KO. § 17. Anm. 13 behauptet mit Unrecht, daß das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung die Kernfrage unberührt gelassen habe.

auf beiden Seiten entstehenden Ansprüche waren z. Zt. der Vergleichseröffnung begründet, wenn das Rücktrittsrecht vor diesem Zeitpunkt schon gegeben war. Die Rückgewähransprüche sind deshalb, obgleich sie erst mit der Erklärung des Rücktritts nach Vergleichseröffnung entstehen, keine Neuforderungen, wie Kiesow[77]) und das Oberlandesgericht Düsseldorf in JW. 1932 S. 2638 Nr. 12 annehmen. Dennoch nehmen sie am Verfahren nicht teil, da z. Zt. der Vergleichseröffnung der ursprüngliche Kaufvertrag, durch dessen Umwandlung sie entstanden sind, beiderseits nicht vollständig erfüllt war und dementsprechend gemäß § 4 Vergl.O. vom Vergleichsverfahren nicht betroffen wurde.

II. Unsere Behauptung, daß die gegenseitigen Rückgewähransprüche aus dem nach Vergleichseröffnung entstandenen Rücktrittsschuldverhältnis keine Neuforderungen seien, ist bestritten und bedarf des Beweises. Insbesondere Kiesow steht auf dem Standpunkt, daß diese Ansprüche vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens nocht nicht begründet gewesen und daher Neuforderungen seien.

Hat bei einem gegenseitigen Vertrage vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens der Gläubiger eine Frist gemäß § 326 BGB. gesetzt, und läuft diese Frist erst nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens ab, so ist der Gläubiger, wenn sich sein Erfüllungsanspruch in eine Schadenersatzforderung umwandelt, mit dieser Schadenersatzforderung am Vergleiche nicht beteiligt[78]). Diese Nichtbeteiligung rührt nicht etwa daher, daß die Forderung eine Neuforderung wäre, sondern daher, daß der Vertrag, auf dem sie beruht, z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens auf beiden Seiten noch nicht voll erfüllt war, denn es bestanden noch beiderseitige Erfüllungsansprüche, und der Vertrag hatte sich noch nicht in die einseitige Schadensersatzforderung des Gläubigers umgewandelt. Lediglich dies ist der entscheidende Gesichtspunkt, der von Maeder verkannt wird, welcher den Schadensersatzanspruch als „neues, selbständiges" Recht ansieht. Ein solches neues Recht ist aber nicht gegeben, denn es war schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet, da die den Umfang der Schadensersatzforderung primär bestimmenden juristischen Tatsachen, nämlich der abgeschlossene Kaufvertrag in Verbindung mit dem Verzuge, schon vor der Vergleichseröffnung bestanden haben. Dieser Standpunkt wird auch vom Reichsgericht in RG. 112/54 ff. auf Seite 57 vertreten, wo entschieden ist, daß der Gläubiger am Verfahren beteiligt ist, wenn sich seine Forderung aus einem z. Zt. der Eröffnung des Geschäftsaufsichtsverfahrens von beiden Seiten nicht erfüllten Vertrage aus irgendeinem

77) § 4, Anm. 15a.
78) Maeder S. 16.

Grunde nach der Eröffnung in einen Schadensersatzanspruch verwandelt. Die Entscheidung beruht auf der allein zutreffenden Erwägung, daß die Nichtbeteiligung dieser Forderung darauf zurückzuführen ist, daß die Klägerin auch mit dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch nicht beteiligt war [79]). Von einer Neuforderung ist in dieser Entscheidung mit keiner Silbe die Rede.

Aehnlich liegt es mit den Rückgewähransprüchen aus dem Rücktrittsschuldverhältnis. Auch diese Ansprüche verdanken ihre Existenz der Umwandlung eines z. Zt. der Vergleichseröffnung beiderseits nicht erfüllten gegenseitigen Vertrages. Neuforderungen könnten diese Ansprüche nur dann sein, wenn sie nicht schon vor Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen wären, d. h., wenn die ihren Umfang bestimmenden juristischen Tatsachen nicht schon vor der Eröffnung des Verfahrens eingetreten wären. Umfangbestimmend ist bei den sich aus der Rücktrittserklärung ergebenden Rückgewähransprüchen der Vertrag in Verbindung mit dem Rücktrittsvorbehalt, beim gesetzlichen Rücktrittsrecht der Vertrag zusammen mit dem zum Rücktritt berechtigenden Umstand, beispielsweise dem Zahlungsverzuge. Weder der Vertrag noch der Vorbehalt allein haben diese umfangbestimmende Wirkung, diese tritt vielmehr nur beim Zusammentreffen beider Momente ein. Ein Drittes, nämlich die Rücktrittserklärung, ist aber zur Begründung nicht mehr erforderlich. Die Erklärung des Rücktritts ist zwar notwendig, um die Ansprüche zum Entstehen zu bringen. Damit ist aber ihre Funktion auch erschöpft. Sie hat keine andere Wirkung als der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung. Auch dieser ist notwendig, um einen aufschiebend bedingten Anspruch zum Entstehen zu bringen, ohne aber auf das Begründetsein des aufschiebend bedingten Anspruchs noch von irgend einer Bedeutung zu sein. Man kann deshalb in der Rücktrittserklärung allenfalls eine sekundär umfangbestimmende Tatsache erblicken, die auf die Begründung [80]) des Anspruchs keinen Einfluß hat, so notwendig sie auch zu seinem Entstehen ist.

Zur Verdeutlichung mag neben dem Vergleich mit der aufschiebenden Bedingung noch der Hinweis auf die nach der Konkurseröffnung erfolgende Ausfüllung eines Blankoakzeptes, welches vor der Eröffnung des Verfahrens gegeben wurde, dienen.

79) RG. 112/57: „Der Anspruch der Klägerin auf Lieferung beruhte auf einem gegenseitigen Vertrage, der z. Zt. der Anordnung der Geschäftsaufsicht von dem Schuldner und von der Klägerin nicht erfüllt war. Er war deshalb nach § 13 Abs. 2 der Gesch. Aufs. VO. von dem Aufsichtsverfahren nicht betroffen, die Klägerin also nach § 33, Abs. 2 der Gesch. Aufs. VO. an dem Verfahren nicht beteiligt. Dabei verblieb es auch, wenn ihre Forderung sich aus irgendeinem Grunde in einen Schadenersatzanspruch umwandelte."

80) im Sinne des § 3 KO.

Unbestritten ist hier der Gläubiger am Verfahren beteiligt, trotzdem die Ausfüllung des Akzeptes zum Entstehen des Anspruchs erforderlich und infolgedessen in gewissem Sinne eine den Umfang des Anspruchs bestimmende Tatsache ist. Jedoch ist die Ausstellung des Wechsels die primär umfangbestimmende Tatsache, der Ausfüllung kommt nur eine sekundäre Bedeutung zu. Genau so ist auch die Rücktrittserklärung nur sekundärer Natur.

Aus diesen Gründen kann der nach der Vergleichseröffnung erklärte Rücktritt keine Neuforderungen schaffen. Das geht auch aus Folgendem hervor:

Unbestritten ist, daß der Rücktritt infolge seiner Eigenschaft als Gestaltungsrecht auch dann nach der Vergleichseröffnung erklärt werden kann, wenn der Vertrag, weil er auf einer Seite z. Zt. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens schon voll erfüllt oder weil er kein streng gegenseitiger war, unter das Vergleichsverfahren fällt. Würde die Rücktrittserklärung eine Neuforderung auslösen, so würde der Gläubiger mit seiner Rückgewährforderung nicht am Vergleich beteiligt sein. Denn Neuforderungen sind unter allen Umständen am Verfahren nicht beteiligt. Es würde sich also ergeben, daß der ursprünglich vom Vergleichsverfahren Betroffene sich durch die Rücktrittserklärung den nachteiligen Folgen des Verfahrens entziehen könnte. Das kann aber nicht rechtens sein und würde dem Grundsatz widersprechen, daß der am Verfahren Beteiligte unter allen Umständen[81]) beteiligt bleibt.

Wir sehen also, daß die von Kiesow vertretene Ansicht, daß der nach der Vergleichseröffnung erklärte Rücktritt von einem beiderseits nicht voll erfüllten gegenseitigen Vertrage Neuforderungen auslöse, nicht richtig sein kann. Wir sind zu diesem Ergebnis gekommen, indem wir uns der von Grimm gelehrten Unterscheidung von primär und sekundär umfangbestimmenden juristischen Tatsachen bedienten. Wir sind dadurch gleichzeitig dem Einwand Kiesows begegnet, daß die erwähnten Ansprüche deshalb notwendig Neuforderungen sein müßten, weil man das Rücktrittsrecht als Gestaltungsrecht nicht wie eine aufschiebende Bedingung behandeln könne[82]). Daß ein Vertrag mit Rücktrittsvorbehalt nicht unter der auflösenden Bedingung des Rücktritts geschlossen ist, wird auch von uns anerkannt. Erst recht kann man von einer Bedingung dann nicht reden, wenn das Rücktrittsrecht nicht auf einem vertraglichen Vorbehalt, sondern auf dem Gesetz beruht. Der Vertrag ist in beiden Fällen ohne Zweifel unbedingt geschlossen. Das ist aber vollkommen unerheblich, da es sich hier nicht darum handelt, ob der

81) Abgesehen von dem Fall der dinglich wirkenden Anfechtung.

82) Kiesow § 4, Anm. 15a.

Vertrag unter einer Bedingung geschlossen ist, sondern darum, ob die durch den Rücktritt ausgelösten Rückgewähransprüche vor der Erklärung aufschiebend bedingt begründet waren. Nach unserer Ansicht ist auch das nicht der Fall. Insoweit ist Kiesow zuzustimmen; es ist aber daraus nicht mit ihm die Folgerung zu ziehen, daß die Rückgewähransprüche deshalb Neuforderungen sein müßten. Es ist schon einmal betont worden[83]), daß Ansprüche, die nach der Vergleichseröffnung entstehen, nicht nur dann vor diesem Zeitpunkte begründet sein können, wenn sie aufschiebend bedingt sind. Denn § 67 KO. hat keine selbständige Bedeutung in dem Sinne, daß er festlege, welche Ansprüche begründet sind und welche es nicht sind. Das ist ausschließlich dem § 3 KO. vorbehalten. § 67 KO. bestimmt nur, wie man aufschiebend bedingte Ansprüche im Konkurse geltend zu machen hat. Es ist aus diesem Grunde für die Frage, ob die aus dem Rücktritt entspringenden Rückgewähransprüche vor der Eröffnung des Verfahrens begründet sind oder nicht, vollkommen unerheblich, ob man sie als aufschiebend (rechts-)bedingte betrachtet oder nicht. Entscheidend ist allein, um es nochmals zu betonen, ob die ihren Umfang bestimmenden Tatsachen schon vor der Eröffnung des Verfahrens eingetreten sind oder nicht.

Sind nun die Rückgewähransprüche aus dem nach der Vergleichseröffnung erklärten Rücktritt keine Neuforderungen, so müßten sie an sich gemäß §§ 2 Vergl.O. u. 3 KO. am Vergleiche beteiligt sein. Die Antwort auf die Frage, warum sie trotzdem nicht unter den Vergleich fallen, gibt die oben[84]) angeführte Entscheidung RG. 112/57. Der Gläubiger war, da der ursprüngliche gegenseitige Vertrag zur Zeit der Vergleichseröffnung beiderseits nicht voll erfüllt war, am Verfahren gemäß § 4 Vergl.O. nicht beteiligt. Dabei verbleibt es auch, wenn sich sein Anspruch wegen der Erklärung des Rücktritt in einen Rückgewähranspruch umwandelte.

§ 9.

I. Unseren im vorhergehenden Paragraphen vertretenen Standpunkt, daß die Ansprüche gemäß §§ 346 ff. BGB. aus dem nach der Vergleichseröffnung erklärten Rücktritt keine Neuforderungen seien, teilt auch das Oberlandesgericht Frankfurt in seinem Urteil vom 1. April 1903 (1 U 65/02)[85]). Das Gericht hatte in diesem Erkenntnis darüber zu entscheiden, ob der Gläubiger, welcher nach der Konkurseröffnung den Rücktritt erklärt, sich mittels Aufrechnung gemäß § 54 Abs. 1 KO. befriedigen könne. Es kam zur Bejahung dieser Frage, weil es

83) oben Seite 13.
84) Seite 31/32.
85) OLG. Frankfurt in Recht 1903, S. 291, Nr. 1543.

die beiderseitigen Rückgewähransprüche als zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bedingt existent, also begründet ansah. Im einzelnen ist aus den Gründen als Ansicht des Gerichts zu entnehmen, daß das zweiseitige eigentümliche Schuldverhältnis, wie es im Moment des erklärten Rücktritts an die Stelle des bisherigen gegenseitigen Vertrages trete, kein durchaus originäres, von dem bisherigen Vertragsboden gänzlich losgelöstes Legalschuldverhältnis sei. Es habe vielmehr als ein bedingtes schon vorher bestanden. Das den §§ 346 ff. zu Grunde liegende, insbesondere in den §§ 346, 347 ff. enthaltene Prinzip bestehe darin, daß jeder Vertragsteil mit Rücksicht auf den Rücktrittsvorbehalt damit rechnen müsse, daß er alles vom Gegner in Erfüllung des Vertrages Empfangene unter Umständen zurückerstatten müsse. Nur daraus erkläre sich die über das Maß des § 818 BGB. hinausgehende verschärfte Haftung des § 347 BGB. Erwäge man nun, daß sämtliche Einzelverpflichtungen gemäß §§ 346 ff. inhaltlich durch den Vertrag und das Maß seiner Erfüllung durchaus bestimmt seien, so erscheine die Konsequenz unabweislich, daß es sich bei diesen Rückgewährforderungen um Ansprüche aus dem Vertrage handele, die bedingt schon vor dem Rücktritt bestanden. Das Schuldverhältnis aus §§ 346 ff. erscheine demzufolge als ein in zweifacher Hinsicht bedingtes: es sei einerseits abhängig von der Bedingung gänzlicher oder teilweise geschehener Vertragserfüllung, andererseits von der demnächst zu erklärenden Rücktrittsanzeige.

Sieht man davon ab, daß sich das Gericht in dieser Entscheidung der von uns abgelehnten Konstruktion des bedingten Schuldverhältnisses bedient, die wir nicht benötigen, weil wir uns der Lehre von Grimm anschließen, so wird man feststellen müssen, daß sich der Standpunkt des OLG. Frankfurt mit dem unseren jedenfalls insoweit deckt, als wir das Vorliegen einer Neuforderung ablehnen. Dasselbe ist von Seuffert[86]) zu sagen, der die Ansicht vertritt, daß eine aus einem vor der Konkurseröffnung vorbehaltenen, nach ihr ausgeübten Wiederkaufsrecht entstandene Verpflichtung schon vor der Konkurseröffnung begründet gewesen sei.

Allerdings befinden wir uns hier scheinbar im Gegensatz zu RG. vom 4. 12. 26 in Jur. Rdsch. 1927, Nr. 574, wonach der § 17 KO. deshalb nicht anwendbar sei, weil der Wiederkauf erst mit der nach der Konkurseröffnung erfolgten Erklärung, daß das Wiederkaufsrecht ausgeübt werde, zustande komme und deshalb ein teilweise unerfüllter zweiseitiger Vertrag z. Zt. der Konkurseröffnung nicht vorgelegen habe. Der Gegensatz besteht jedoch nur scheinbar. Denn zu der Frage, zu welchem Zeitpunkt die Rückgewährpflichten begründet sind, nimmt das Reichsgericht

86) Seuffert in LZ. 1907, Sp. 25.

keine Stellung. Es begnügt sich vielmehr damit, die Anwendung des § 17 KO. deshalb abzulehnen, weil der ursprüngliche Kaufvertrag im Augenblick der Konkurseröffnung voll erfüllt und infolgedessen zu diesem Zeitpunkte ein die Voraussetzungen des § 17 KO. erfüllendes Schuldverhältnis nicht vorhanden gewesen sei. In dieser Stellungnahme des Reichsgerichts ist kein Widerspruch zu dem von uns zu der Frage: begründet oder nicht? eingenommenen Standpunkt zu erblicken.

II. Wir haben oben [87]) ausgeführt ,daß die aus dem nach der Vergleichseröffnung erklärten Rücktritt von einem zu diesem Zeitpunkte beiderseits nicht voll erfüllten gegenseitigen Vertrage entstehenden Rückgewähransprüche deshalb nicht am Vergleichsverfahren beteiligt sind, weil der ursprüngliche Vertrag nicht unter den Vergleich fiel und eine Umwandlung der Erfüllungsansprüche in gesetzliche Rückgewähransprüche nach der Vergleichseröffnung für die Beteiligung unerheblich ist. Zu dieser Auffassung vom Grunde der Nichtbeteiligung der erwähnten Ansprüche steht das in LZ. 1915 Sp. 217 Nr. 17 abgedruckte Urteil des Reichsgerichts vom 7. 11. 1914 in Widerspruch. Nach dieser Entscheidung ist die Anwendung von § 17 KO. nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Rücktritt erst nach Konkurseröffnung erklärt sei. Denn das Rücktrittsschuldverhältniss entstehe mit dem Rücktrittsrecht, im Falle des § 455 BGB. also mit dem Zahlungsverzuge, wenngleich bedingt durch den erklärten Rücktritt, der indes nichts weiter sei als die Ausübung des Rücktrittsrechts oder die Erklärung, davon Gebrauch zu machen. Aus diesen Sätzen geht hervor, daß das Reichsgericht nicht nur auf dem richtigen Standpunkt steht, daß die Rückgewähransprüche schon vor der Konkurseröffnung begründet gewesen seien, sondern daß es darüber hinaus zu einer auch von Cohn [88]) angenommenen „Rückdatierung der Rücktrittslage" kommt, die abzulehnen ist. Das Rücktrittschuldverhältnis entsteht mit der Erklärung des Rücktritts. Bis zu diesem Augenblick hat ein gültiger Vertrag bestanden. Wenngleich dieser rückwirkend aufgelöst wird, darf doch nicht fingiert werden, daß das Rücktrittsschuldverhältnis von vornherein vorhanden gewesen sei und ein Vertrag nie existiert habe. Das ist schon um dessentwillen unmöglich, weil zwischen dem Vertragsschluß und dem Augenblick der ersten Erfüllungsleistung ein zeitlicher Zwischenraum sein kann. Wie nun, wenn der Rücktritt erklärt wird? Das Rücktrittsschuldverhältnis kann doch allenfalls mit dem Zahlungsverzuge (im Falle des § 455 BGB.) entstehen oder auf den Zeitpunkt der ersten Leistungshandlung zurückdatiert

87) oben Seite 34.

88) Cohn JW. 1932, S. 146 ff; ebenso das Kammergericht in JW. 1932, S. 2637, Nr. 11.

werden, wenn man die Fiktion von der Rückdatierung der Rücktrittslage billigt. Da aber gleichzeitig der ursprüngliche Vertrag rückwirkend aufgelöst wird, so müßte also nach der Rücktrittserklärung zwischen dem Abschluß des Vertrages und der ersten Leistungshandlung ein Nichts bestehen. Das ist aber unmöglich. Genau so verfehlt wäre es aber, anzunehmen, daß der Vertrag bis zur Rücktrittserklärung wirksam bestanden habe, und daß gleichzeitig das Rücktrittsschuldverhältnis rückwirkend entstände. Denn in diesem Falle würden in der Zeit zwischen der Leistungshandlung und der Rücktrittserklärung zwei Schuldverhältnisse, nämlich der bis zur Rücktrittserklärung vorhandene Vertrag und das Rücktrittsschuldverhältnis nebeneinander stehen. Da nun das eine wie das andere unmöglich ist, wird man nicht daran vorbeikommen können, daß das Rücktrittsschuldverhältnis mit der Rücktrittserklärung entsteht, und daß der ursprüngliche Vertrag, wenngleich er durch die Rücktrittserklärung rückwirkend aufgelöst wird und erlischt, bis zu diesem Zeitpunkt wirksam bestanden hat. Demgemäß ist in dem Falle, den wir unserer Erörterung zu Grunde legten, z. Zt. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht das gegenseitige Rückgewährschuldverhältnis (welches noch garnicht besteht), sondern der ursprüngliche gegenseitige Vertrag nicht voll erfüllt. Das ist auch die Ansicht Jaegers[89]). Er ist zwar im Ergebnis mit RG. LZ. 1915 Sp. 217 Nr. 17 einverstanden, begründet aber im Gegensatz dazu seine Meinung, daß die eine oder andere Partei das wechselseitige Rückgewährschuldverhältnis noch während des Konkurses mit der Folge aus § 17 KO. begründen könne, damit, daß hierfür die Tatsache des Schwebezustandes[90]) bei Konkursbeginn genügen müsse, weil das das Austauschverhältnis auslösende Gestaltungsrecht des Rücktritts dem Konkursbeschlage standhalte. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Begründung Jaegers für das Konkursverfahren zutrifft oder nicht. Für das Vergleichsverfahren ist sie wegen der Verschiedenheit der §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. nicht zu verwerten. Vom Augenblick der Konkurseröffnung bis zur Erklärung des Konkursverwalters, ob er Erfüllung verlange oder nicht, besteht in der Tat ein Schwebezustand, weil im § 17 KO. die Nichtbeteiligung der Forderungen aus gegenseitigen, beiderseits nicht erfüllten Verträgen nicht ohne weiteres ausgesprochen ist sondern nur für den Fall, daß der Konkursverwalter die Erfüllung verlangt. Im Vergleichsverfahren besteht ein solcher „Schwebezustand" nicht. Vielmehr bestimmt § 4 Vergl.O. ganz positiv, daß diese Ansprüche am Verfahren nicht beteiligt

89) Jaeger KO. § 17, Anm. 19.

90) Gemeint ist der Schwebezustand, in dem sich das Vertragsverhältnis befindet, solange der Konkursverwalter sich noch nicht gemäß § 17 KO. erklärt hat.

sind. Ihre Nichtbeteiligung ist also nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß der Schuldner seinerseits die Erfüllung verlangt. Sie können lediglich am Verfahren teilnehmen — hier ist die Teilnahme von Voraussetzungen abhängig - wenn eine der Parteien die Erfüllung oder weitere Erfüllung mit gerichtlicher Ermächtigung ablehnt. Dieser grundsätzliche Unterschied zwischen den entsprechenden Bestimmungen der Konkurs- und der Vergleichsordnung verbietet es, die von Jaeger angestellten Erwägungen über den „Schwebezustand" auf das Vergleichsverfahren zu übertragen. Wir können umso leichter davon Abstand nehmen, als wir das Ziel, die Nichtbeteiligung der aus dem Rücktritt nach Vergleichseröffnung ausgelösten Ansprüche zu beweisen, auf anderen Wegen erreicht haben.

§ 10.

Der Ausschluß der Erfüllungsablehnung durch den Rücktritt.

Ist ein gegenseitiger Vertrag z. Zt. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Schuldner und von dem anderen Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt, so kann gem. ß § 28 Vergl.O. jeder Vertragsteil mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnen. Das Gesuch um Ermächtigung zur Ablehnung der Erfüllung muß binnen zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses bei dem Gericht angebracht werden. (§ 28 Abs. 2, Satz 1 Vergl.O.) Wird von der Ermächtigung Gebrauch gemacht, so wird hierdurch der gegenseitige Vertrag nicht aufgehoben. Lediglich die Erfüllungsansprüche erlöschen. An ihre Stelle tritt ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, mit welchem der Vertragsgegner des Vergleichsschuldners am Vergleichsverfahren beteiligt ist (§ 30 Vergl.O.)[91]), weil dieser Anspruch schon vor der Vergleichseröffnung begründet war.

Voraussetzung für die Erfüllungsablehnung ist aber, daß in dem Augenblick, wo die Ablehnungserklärung dem Gegner zugeht (§ 130 BGB.), der Vertrag, dessen Erfüllung abgelehnt wird, noch besteht[92]). Das ist nicht mehr der Fall, wenn vorher der Rücktritt in wirksamer Weise erklärt worden ist, da nach § 349 BGB. der Vertrag mit dem Zugehen der Rücktrittserklärung erlischt.

91) Vergl. hierzu RG. 135/170 und die Amtliche Begründung zum Entwurf der Vergleichsordnung zu § 24 des Entwurfs. Hier wird die ungünstige Vermögenslage des Schuldners, ein von diesem zu vertretender Umstand, als der sachliche Grund des Schadensersatzanspruchs angesehen. (Materiell-rechtliche Begründung).

92) Ebenso für den Konkurs Rubin S. 20.

Demnach kann der nicht im Vergleichsverfahren befindliche Teil seine Beteiligung am Verfahren verhindern, indem er rechtzeitig von einem ihm zustehenden vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Der Gegner des Vergleichsschuldners befindet sich infolgedessen in einer außerordentlich günstigen Lage, die noch dadurch verbessert wird, daß das Gericht ihn zu dem Gesuch des Vergleichsschuldners um Erteilung der Ermächtigung hören soll. Es liegt auf der Hand, daß es infolge dieser Bestimmung für den Vergleichsschuldner schlechterdings unmöglich ist, seinen Gegner durch die Erfüllungsablehnung zu überraschen, da dieser, durch die gerichtliche Anfrage um seine Stellungnahme aufmerksam gemacht, die Absichten des Vergleichsschuldners durch unverzügliche Erklärung des Rücktritts durchkreuzen kann.

Diese starke Position des durch ein Rücktrittsrecht gesicherten Gläubigers kann in der Praxis das Zustandekommen des Vergleichs vereiteln oder doch zum mindesten erheblich erschweren. Das mag unerwünscht sein, läßt sich aber nicht vermeiden. Zwar ist nach dem Sinn und Zweck des Vergleichsverfahrens, welches nicht nur die Gläubiger befriedigen, sondern auch den Schuldner wieder auf den festen Boden einer gesicherten Existenz stellen soll, möglichst auf das Zustandekommen eines Vergleichs hinzuwirken. Andererseits ist aber auch dem Interesse des Einzelgläubigers, der sich besondere Sicherungen verschafft hat, Rechnung zu tragen. Deshalb darf die Rücksichtnahme auf den Vergleichsschuldner und die übrigen Gläubiger nicht soweit gehen, denjenigen Gläubiger, der besondere gesetzlich zulässige Schutzmaßnahmen (Rücktrittsvorbehalt oder Verkauf unter Eigentumsvorbehalt) getroffen hat, um die Früchte seiner Umsicht zu bringen [93]).

Es könnte nunmehr die Frage aufgeworfen werden, ob die zur Ablehnung der Erfüllung des Vertrages gegebene gerichtliche Ermächtigung, von der wegen des Rücktritts kein Gebrauch mehr gemacht werden konnte, etwa für die Ablehnung der Erfüllung des Rücktrittsschuldverhältnisses wirksam ist.. Die Antwort muß aus mehreren Gründen verneinend ausfallen. Zunächst fehlt die Voraussetzung, daß das gegenseitige Rückgewährschuldverhältnis zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens bestanden hat. Es entsteht nämlich erst mit dem Rücktritt. Aber selbst wenn man sich mit C o h n [94]) und anscheinend RG. in LZ. 1915, Sp. 217, Nr. 17 auf den Standpunkt der Rückdatierung des Rücktrittsschuldverhältnisses stellt, kommt die Ausdehnung der erteilten Ermächtigung auf dieses nicht in Frage. Denn die Ermächtigung ist erteilt zur Ablehnung des vom Gericht auf seine

93) Aehnlich: OLG. Düsseldorf in JW. 1932/2638.
94) JW. 1932/146 ff.

Folgen für das Vergleichsverfahren überprüften gegenseitigen Vertrages. Da das Gericht seine Prüfung nicht auf das Rücktrittsschuldverhältnis ausgedehnt hat, so gilt für dieses auch nicht die Ermächtigung zur Erfüllungsablehnung, ganz abgesehen davon, daß bei ihm die Voraussetzung zur Erteilung der richterlichen Ermächtigung garnicht vorzuliegen braucht[95]).

§ 11.

Der Rücktritt von solchen Verträgen, die nicht unter § 4 Vergl.O. fallen.

I. War ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Vergleichseröffnung von beiden Parteien voll erfüllt, so befindet er sich zunächst vollkommen außerhalb des Vergleichsverfahrens. Die Vermögensverschiebungen sind auf beiden Seiten vollständig erfolgt. Ansprüche vermögensrechtlicher Art, die gemäß §§ 2 Vergl.O. u. 3 KO. unter den Vergleich fallen könnten, sind nicht mehr vorhanden.

Haben sich die Parteien bei Vertragsabschluß den Rücktritt vorbehalten, so ist die Erklärung des Rücktritts auch nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens möglich. Nach der Erklärung des Rücktritts entsteht das gegenseitige Rückgewährschuldverhältnis. Die Anwendung des § 4 Vergl.O., der die beiderseitige Unerfülltheit z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens zur Voraussetzung hat, kann auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien nicht stattfinden, es sei denn, daß man die von uns abgelehnte Lehre Cohns über die Rückdatierung zur Anwendung bringt. Entstehen nun einerseits die gegenseitigen Rückgewähransprüche erst mit der Erklärung des Rücktritts, so waren sie andererseits doch z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens im Sinne des § 3 KO. schon begründet, da das Rücktrittsrecht bei Vertragsabschluß vorbehalten wurde. Weil aber diese Ansprüche begründet waren, können sie wiederum keine Neuforderungen sein. Das ist begrifflich ausgeschlossen. Trotzdem kann eine solche Rückgewährforderung, obgleich sie nicht zu den privilegierten gehört, nicht Vergleichsforderung sein. Das hat seinen Grund darin, daß der gegenseitige Vertrag, der durch die Ausübung des Rücktrittsrechts rückwirkend zum Erlöschen gebracht wird, nicht unter den Vergleich fallen konnte, da die Vertragsparteien ihre Verpflichtungen erfüllt hatten. Dabei muß es auch bleiben, wenn

95) Etwas anderes ist es — die Rückdatierung der Rücktrittslage unterstellt —, ob nicht erneut, falls die Zweiwochenfrist des § 28 Vergl.O. noch nicht abgelaufen ist, die Ermächtigung zur Ablehnung der Erfüllung des nun entstandenen Rücktrittsschuldverhältnisses beantragt werden kann.

durch die Erklärung des Rücktritts zwischen den Parteien ein neues Schuldverhältnis entsteht. Es ist hier nicht anders, als in dem oben[96]) schon einmal behandelten Fall, daß der Anspruch des Gläubigers eines z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens beiderseits nicht erfüllten Vertrages sich nach der Eröffnung in einen einseitigen Schadensersatzanspruch verwandelt. Hier wie dort sind für die Nichtbeteiligung dieselben Gründe maßgebend. Ist die Beteiligung am Vergleichsverfahren einmal ausgeschlossen, so kann sie dadurch, daß der Gläubiger seine vertraglichen Rechte geltend macht, nicht begründet werden. Daraus, daß die Vergleichsordnung für den hier angenommenen Fall keine (etwa dem § 4 entsprechende) Bestimmung getroffen hat, können gegenteilige Schlüsse nicht gezogen werden. Soweit überhaupt wegen der Selbstverständlichkeit des Ergebnisses noch eine Beweisführung notwendig ist, mag dazu folgendes dienen. Bei einem noch nicht voll erfüllten gegenseitigen Vertrage bestehen z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens Gläubigeransprüche gegen den Schuldner, die an sich gemäß § 2 Vergl.O. unter den Vergleich fallen müßten. Um ihre Beteiligung auszuschließen, ist vom Gesetzgeber die Bestimmung des § 4 Vergl.O. getroffen worden, die sie auch dann schützt, wenn sie sich in Schadensersatz- oder Rücktrittsansprüche umwandeln. Ist der Vertrag z. Zt. der Vergleichseröffnung schon voll erfüllt, bedarf es natürlich, weil die vertraglichen Gläubigeransprüche befriedigt sind und vom Vergleiche nicht mehr betroffen werden können, einer dem § 4 ähnlichen Schutzbestimmung nicht. Ist aber das Umwandlungsschuldverhältnis (Rückgewährschuldverhältnis) im ersten Falle nicht vom Vergleich betroffen, wo die ursprüngliche Forderung, wenn sie nicht durch § 4 geschützt wäre, Vergleichsforderung sein würde, so kann der Gläubigeranspruch im zweiten Falle, wo der ursprüngliche Anspruch auch ohne besondere Schutzbestimmung wegen der erfolgten Befriedigung niemals vergleichsbedroht gewesen ist, auch nach seiner Umwandlung nicht Vergleichsforderung sein.

Dieses Ergebnis und der zu ihm führende Weg zeigen, daß man ohne die von Kiesow vertretene Ansicht, daß das durch die Rücktrittserklärung geschaffene Rückgewährschuldverhältnis ein Neugläubigerschuldverhältnis sei, auskommen kann, ohne sich der Gefahr aussetzen zu müssen, bei konsequenter Anwendung der Kiesow'schen Lehre in anders gelagerten Fällen zu nicht haltbaren Ergebnissen zu kommen.

II. Hatte z. Zt. der Vergleichseröffnung der Käufer — Vergleichsschuldner eine Anzahlung geleistet und der Gläubiger voll erfüllt, so stellt sich, wenn der Gläubiger vom Vertrage zurücktritt, die Rechtslage folgendermaßen dar: Da der Vertrag z. Zt.

96) Oben S. 31/32; RG. 112/57.

der Vergleichseröffnung vom Gläubiger bereits voll erfüllt war, ist dieser wegen seines Kaufpreisanspruches am Vergleichsverfahren beteiligt gewesen. Nach erklärtem Rücktritt fällt sein Rückgewähranspruch ebenfalls unter den Vergleich, da der Vertrag, wenn er einmal vom Vergleichsverfahren ergriffen wird, auch in seinen Umwandlungen und seinem Ersatzschuldverhältnis, welches an seine Stelle getreten ist, am Verfahren beteiligt bleibt. Das ist der Fall, obwohl das Rückgewährschuldverhältnis ein zweiseitiges, von keinem Teile vollständig erfülltes ist. § 4 Vergl.O. findet keine Anwendung, da der gegenseitige Vertrag im entscheidenden Zeitpunkt der Vergleichseröffnung von einem Teil vollständig erfüllt war. Nach der von uns abgelehnten Theorie Cohns müßte die Rücktrittslage auf den Zeitpunkt zurückdatiert werden, an welchem der Rücktrittsvorbehalt vereinbart worden ist bezw. die das gesetzliche Rücktrittsrecht begründenden Tatsachen eingetreten sind. In diesem Falle wäre infolge der Rückdatierung anzunehmen, daß z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens ein beiderseits nicht voll erfülltes zweiseitiges Legalschuldverhältnis vorlag, welches nicht unter den Vergleich fiele. Dieses ohne Zweifel unhaltbare Ergebnis[97]) wird von Cohn allerdings dadurch vermieden, daß er ebenso wie Nagel die Anwendbarkeit der §§ 4, 28 Vergl.O. auf das durch den Rücktritt geschaffene Legalschuldverhältnis verneint. Jedenfalls zeigt aber auch dieses Ergebnis, daß man bei Anwendung der §§ 4, 28 Vergl.O. auf gegenseitige Legalobligationen unmöglich die Rückdatierung der Rücktrittslage vertreten kann. Cohn steht mit seiner Ansicht über die Rückdatierung in der Literatur des Vergleichsrechts auch allein. Soweit aber die Entscheidung des Reichsgerichts in LZ. 1915, Sp. 217, Nr. 17 in ihrer Begründung auf die Lehre Cohns hinaus laufen sollte, ist sie abzulehnen, und zwar für das Vergleichsrecht wie auch für das Konkursrecht.

Aus der Tatsache, daß die gegenseitigen Rückgewähransprüche z. Zt. der Eröffnung schon begründet waren, ergibt sich die Aufrechenbarkeit der gegenseitigen Rückgewähransprüche gemäß §§ 36 Vergl.O., 54 KO. Dabei ist die nicht auf Geld gerichtete Rückgewährforderung des Gläubigers zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des § 69 KO. zu berechnen (§ 54 Abs. 4 KO.). Die Aufrechnung, welcher § 55 KO., insbesondere dessen Ziffer 1, nicht entgegensteht[98]), kann für den Gläubiger, wenn der Schuldner bereits eine erhebliche Anzahlung geleistet hatte, außerordentlich vorteilhaft sein und ihn unter Umständen vor jeglichem Schaden bewahren.

---

97) Zu demselben Ergebnis müßte auch Kiesow kommen, da nach seiner Ansicht der Rückgewähranspruch nach der Vergleichseröffnung begründet und entstanden, mithin „Neuforderung" ist.

98) RG. 58/11; LZ. 1916, Sp. 1191, Nr. 14; Mentzel § 26, Anm. 3.

III. Hat der Verkäufer-Vergleichsschuldner voll erfüllt, der Käufer dagegen nur eine Anzahlung geleistet, so werden nach der Vergleichseröffnung beide Teile an der Ausübung eines etwa vorbehaltenen Rücktrittsrechts kein erhebliches Interesse haben, der Käufer nicht, weil er bereits voll befriedigt ist, der Verkäufer nicht, weil er nach wie vor seinen vollen Kaufpreisanspruch gegen den Käufer hat. Die Frage ist nun die, wie sich die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien gestalten, wenn der Vergleichsschuldner ein ihm infolge des Zahlungsverzuges des Käufers zustehendes gesetzliches Rücktrittsrecht geltend macht. In diesem Falle wäre der Käufer zur vollen Rückleistung der gekauften Sache und der Vergleichsschuldner zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet, allerdings würde der Käufer mit seinem Rückgewähranspruch unter den Vergleich fallen und nur quotenmäßig befriedigt werden. Einer Aufrechnung würde die mangelnde Gleichartigkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen entgegenstehen. Hier liegt zweifellos ein Fall vor, der für den nicht im Vergleichsverfahren befindlichen Käufer Härten enthält, die sich allerdings nicht vermeiden lassen. Ein Neugläubigerschuldverhältnis kann nämlich nicht angenommen werden, da die das gesetzliche Rücktrittsrecht des Verkäufers begründenden Umstände, der Zahlungsverzug des Käufers, schon vor der Vergleichseröffnung vorgelegen haben. Nur dann, wenn der Käufer nach der Vergleichseröffnung in Verzug gerät, ist die durch den Rücktritt entstehende Legalobligation ein Neugläubigerschuldverhältnis. Denn die gegenseitigen Rückgewährforderungen sind in diesem Falle erst nach der Eröffnung des Verfahrens begründet, da eine der für den Rückgewähranspruch primär umfangbestimmenden juristischen Tatsachen[99]), nämlich der Zahlungsverzug, erst nach der Eröffnung eingetreten ist. Ist der Käufer bereits vor der Vergleichseröffnung in Verzug geraten, und ist er infolgedessen mit seiner durch den Rücktritt entstandenen Rückgewährforderung gegen den Verkäufer vom Vergleiche betroffen, so hat er sich die darin liegende Härte selbst zuzuschreiben. Hätte er pünktlich gezahlt, so würde für den Vergleichsschuldner kein Grund zum Rücktritt vorgelegen haben. Von einem unbilligen Ergebnis kann man daher in diesem Falle nicht reden.

99) Das sind beim gesetzlichen Rücktrittsrecht der Vertrag und der Zahlungsverzug.

B. Die Wandelung im Vergleichsverfahren

Im folgenden zweiten Teil unserer Abhandlung soll die Behandlung der aus der Wandelung eines gegenseitigen Vertrages entstehenden Rückgewähransprüche untersucht werden. Bevor wir jedoch dazu Stellung nehmen können, ob und wann der nicht im Vergleichsverfahren befindliche Teil mit seinen Rückgewähransprüchen am Vergleichsverfahren nicht beteiligt ist, bedarf es noch der Klärung einiger Vorfragen.

§ 12.

Die Gewährleistungspflicht als Erfüllungspflicht.

Ob bei einem gegenseitigen Vertrage § 4 Vergl.O. Anwendung zu finden hat, hängt in erster Linie davon ab, ob der Vertrag von dem Vergleichsschuldner und von dem andern Teil noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt ist. Ist nun ein Kaufvertrag vom Verkäufer vollständig erfüllt, wenn der Käufer infolge mangelhafter Erfüllung noch Gewährleistungsansprüche hat? Darüber herrscht lebhafter Streit. Infolgedessen gehen auch die Meinungen über die Anwendbarkeit der §§ 4, 28 ff. Vergl.O. sehr weit auseinander.

I. Daß Rechtsmängelansprüche Erfüllungsansprüche sind, haben wir im ersten Teil der Arbeit bereits vorweggenommen, indem wir einen Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt als vom Verkäufer nicht erfüllt ansahen, solange der Käufer das Eigentum der Kaufsache nicht erlangt hat. Wir konnten das umso unbedenklicher tun, als die Rechtsmängelgewähr in Wissenschaft und Rechtsprechung fast allgemein als Erfüllungspflicht angesehen wird.

Gemäß § 433 Abs. 1 BGB. ist der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigengentum daran zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechts ist zur Verschaffung des Rechts verpflichtet. Diese Verschaffungspflicht erstreckt sich auf die Freiheit des verkauften Gegenstandes von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (§ 434 BGB.). Bei Nichterfüllung dieser Pflichten gab das gemeine Recht dem Käufer, abgesehen von Ausnahmefällen, einen Anspruch auf Schadensersatz nur im Falle der Entwehrung (Eviktionsprinzip)[100]) [101]) Das römische Recht sah demnach die Haftung wegen eines Rechtsmangels als be-

100) Vergl. Enneccerus, Recht der Schuldv. 1927, S. 332, 333.

101) Leonhard, Besonderes Schuldrecht S. 35: dig 19, 1 l 30 § 1: venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceret, non etiam ut eius faciat."

sondere Garantiepflicht an. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Eviktionsprinzip aufgegeben, wie aus § 440 Abs. 1 hervorgeht, wo die Rechte des Käufers nach den §§ 320 bis 327 bestimmt sind. Heute sind die Rechtsmängelansprüche des Käufers reine Erfüllungsansprüche. Der Ersatzanspruch des Käufers einer beweglichen Sache oder eines Rechts, das zum Besitz einer beweglichen Sache berechtigt, ist allerdings aus Billigkeitsgründen „in ähnlicher Weise wie nach dem gemeinen Recht beschränkt" [102]). (§ 440 Abs. 2—4, § 441 BGB.) Das ändert jedoch nichts an dem Charakter der Rechtsmängelgewähr als reiner Erfüllungspflicht.

Allerdings steht Leonhard [103]) auf einem andern Standpunkt. Er leugnet, daß Rechtsmängelgewähr zur Erfüllung des Vertrages gehöre. Eigentliche Vertragspflicht sei nur die Pflicht, die zur Uebereignung dienenden Handlungen vorzunehmen. Die Pflicht, für Rechtsmängel Gewähr zu leisten, sei eine bloße Gewähr, deren Eigenart eben darin bestehe, daß sie auf keiner Vertragspflicht beruhe. Für seine Ansicht, die sich mit dem gemeinen Rechte deckt, beruft er sich auf den Wortlaut des § 440 BGB., der nach herrschender Lehre gerade das Gegenteil besagt. Leonhard mißt dem Absatz 2, der Reste des aufgegebenen Eviktionsprinzips enthält, zu große Bedeutung zu und übersieht dabei, daß Absatz 1 mit nicht mißzuverstehender Klarheit das Wesen der Rechtsmängelansprüche als Erfüllungsansprüche festlegt.

Leonhard nimmt seinem Standpunkt gemäß an, daß der Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt seine Vertragspflichten mit der Uebergabe der verkauften Sache voll erfüllt habe [104]). Im Konkurse sei deshalb für die Anwendung des § 17 KO. kein Raum. Dieser Ansicht sind auch Rühl [105]) und Oertmann [106]). Während diese Schriftsteller jedoch die Nichtanwendung des § 17 KO. damit begründen, daß unter Erfüllung im Sinne dieser Bestimmung die Erbringung der Leistungshandlung, nicht des Leistungserfolges, zu verstehen sei, und es im übrigen dabei belassen, daß die Uebereignung unter Eigentumsvorbehalt keine Vertragserfüllung im Sinne des § 362 BGB. sei [107]), stützt Leonhard die Nichtanwendung des § 17 KO. gerade darauf, daß der Verkäufer auch im Sinne des § 362 BGB. voll erfüllt habe.

Daß diese Ansicht Leonhards irrig ist, ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch dem Sinne der §§ 433 und 440 BGB. So steht denn auch fast die gesamte Rechtslehre und die Recht-

102) Enneccerus a. a. O. S. 334.

103) Besonderes Schuldrecht S. 35 ff; ebenso Schloßmann in Dogm. Jahrb. 45/97 ff.

104) S. 41.

105) Eigentumsvorbehalt 204; ZZP. 56/157 ff.

106) Kommentar § 455, Anm. 4; LZ. 1927, Sp. 13 ff; ebenso Sandrock S. 67.

107) Rühl in ZZP. 56/167.

sprechung gegen Leonhard einhellig auf dem Standpunkt, daß die Rechtsmängelfreiheit zu den Erfüllungspflichten gehört. Denn wie sollten sich die Rechte des Käufers bei Nichterfüllung der in den §§ 433, 431 festgelegten Verpflichtungen nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327 BGB. bestimmen, wenn die Rechtsmängelgewähr keine Erfüllungspflicht wäre. Sie ist aber eine Erfüllungspflicht, seitdem das Eviktionsprinzip mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch aufgegeben ist[108]). Bei Nichterfüllung steht dem Käufer die Erfüllungsklage zu[109]). Aus dieser Stellungnahme ergibt sich für das Konkurs- und Vergleichsrecht, daß ein gemäß §§ 17 KO., 4 VergI.O. nicht vollständig erfüllter gegenseitiger Vertrag vorliegt, wenn der Käufer noch Gewährleistungsansprüche wegen Rechtsmängel geltend machen kann und seinerseits den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat[110]).

II. Sachmängel sind nach der Legaldefinition (§ 459 BGB.) solche der verkauften Sache anhaftenden Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Gemäß § 459 Abs. 1 BGB. haftet der Verkäufer für die Mangelfreiheit der Kaufsache. Diese Haftung beruht beim Verkauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache auf der Erfüllungspflicht. Das ist herrschende Lehre, die sich auf § 480 Abs. 1 BGB. stützt, wonach der Käufer einer Gattungssache statt Wandelung oder Minderung die Nachlieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Da der Käufer nicht eine bestimmte Sache, sondern eine solche mittlere Art und Güte (§ 243 Abs. 1 BGB.) gekauft hat, so hat der Verkäufer mit der Lieferung einer schlechten Sache den Kaufvertrag weder nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts[111]) noch im Sinne der §§ 17 KO. und 4 VergI.O.[112]) erfüllt. Daß Leonhard[113]), der die Rechtsmängelgewähr nicht für eine Erfüllungspflicht hält, erst recht den Standpunkt vertritt, daß die Gewährleistung für Sachmängel nicht aus der Erfüllungspflicht folge, ist nicht anders zu erwarten.

108) Sandrock S. 90.

109) RGRK. § 433 Anm. 8 und § 440 Anm. 1.

110) Jaeger KO. § 17, Anm. 10; Mentzel KO. § 17, Anm. 2; Staub, Anhang zu § 382, Anm. 78; Planck Komm. § 455 Anm. 2e; Kiesow § 4, Anm. 8a.

Mayer VergI.O. § 4, Anm. 12; Mansfeld in LZ. 1927, Sp. 874; Sandrock S. 90; Maeder S. 12; aus der Rechtssprechung: RG. 133/42 ff. A. M. wie schon angeführt: Rühl, Oertmann und Sandrock.

111) Enneccerus, Recht d. Schuldv. S. 353; Düringer-Hachenburg V 1, S. 102 ff.

112) Jaeger § 17 Anm. 23; Staub, Anhang zu § 382, Anm. 78; Hellmann, Lehrbuch des Konkursrechts S. 271; v. Sarwey-Bossert KO. § 17, Anm. 2b; Kiesow, VergI.O. § 4, Anm. 10, Mayer, VergI.O. § 30 Anm. 21; Maeder, Seite 12; Nagel, S. 30, 31.

113) Leonhard, Besonderes Schuldrecht S. 66, 80.

Ob der Verkäufer mit der Lieferung einer mangelhaften Speziessache den Vertrag erfüllt hat, ist streitig. Ueber diese Frage ist im Laufe der Zeit eine große Literatur entstanden, die sich jedoch in der Hauptsache damit befaßt, ob der Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Speziessache den Verkäufer in Verzug setzen und die Rechte wegen Nichterfüllung des Vertrages geltend machen kann. Da es aber auch für das Konkurs- und Vergleichsrecht (§§ 17 KO. und 4, 28 Vergl.O.) von großer Wichtigkeit ist, ob der Vertrag mit Lieferung einer mangelhaften Speziessache durch den Verkäufer erfüllt ist oder nicht, hat man sich auch in der konkurs- und vergleichsrechtlichen Literatur ausgiebig mit dieser Frage befaßt. Während sich jedoch dort die Anhänger der beiden Ansichten nach Zahl und Rang ziemlich die Wage halten, überwiegt hier die Meinung, daß der Verkäufer den Vertrag im Sinne der §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. nicht erfüllt habe.

Nach der einen Ansicht bedeutet also die Mangelhaftigkeit der Speziessache, daß der Kaufvertrag nicht richtig erfüllt ist[114]), und daß die in den §§ 462, 463 BGB. geregelten Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung unmittelbar auf der Verpflichtung zur Erfüllung des Kaufvertrages beruhen und im Sinne des § 17 KO. Ansprüche aus dem gegenseitigen Vertrage darstellen[115]) [116]). Nach Kohler[117]) handelt es sich beim Spezieskauf, falls die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, um einen Fall der teilweisen Unmöglichkeit, der mit Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse des Lebens ge-

---

114) RGRK. § 459, Anm. 3 B I; Koenige, Handausgabe des HGB. Vorbem. 3 vor § 377;

Heck, Grundriß des Schuldrechts S. 267: „Die Haftung für Sachmängel darf nicht als Gegensatz der Erfüllungspflicht des Verkäufers behandelt werden, sie bildet immer einen Teilinhalt. Ihr Rechtsgrund ist genau so wie in andern Fällen der Haftung die Interessenvereitelung, die Nichtbefriedigung der Gläubigerinteressen."

Staub, § 374, Anm. 42; Dernburg, Bürgerliches Recht 1906 (1. Aufl.) II 2 § 185, DJZ 1903/4 (dagegen allerdings Dernburg-Raape, 4. Aufl. 1915, 2. Bd., 2. Abtlg., § 185, Anm. 4 „Der Verkäufer einer Einzelsache ist nicht verpflichtet, mangelfrei zu liefern").

Krückmann, Nachlaß zur Unmöglichkeitslehre. 2. Beitrag in Jherings Jahrb. Bd. 59 S. 20 bis 148, insbesondere S. 107 u. 125.

Adler: Der Annahmeverzug des Käufers in ZHR. 71/449 ff, insbesondere S. 481. OLG. Zelle in Seuff. Archiv Bd. 59, Nr. 197, Seite 349.

115) RGRK. § 462, Anm. 1; Staub, Anhang zu § 382, Anm. 82c; Hellmann, Lehrbuch S. 271.

116) Kluckhohn in Gruch. Beitr. Bd. 59, S. 1047 hält die mangelhafte Ware, da mit ihr eine Erfüllung der Gegenleistung nicht erzwungen werden könne, nicht für „erfüllungsgeeignet".

117) Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Bd. 1. Teil, S. 73.

wisse reglementarische Besonderheiten angenommen habe. Kohler will damit den Einwand der Gegenseite ausräumen, daß der Verkäufer im Falle der Unbehebbarkeit des Mangels zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet sei, wenn man die Gewährleistungspflicht als eine Erfüllungspflicht ansehe[117]), und daß aus diesem Grunde eine Erfüllungspflicht nicht angenommen werden könne, da sonst der Vertrag gemäß § 306 BGB. wegen ursprünglicher Unmöglichkeit nichtig sei.

Die andere, von sehr vielen vertretene Meinung geht dahin, daß Gewährleistungsansprüche bei einer Speziessache keine Erfüllungsansprüche seien. Man müsse zwischen Gewähr und Erfüllung scharf unterscheiden. Die Gewährleistungspflicht verpflichte den Käufer lediglich, dafür einzustehen, wenn der gewährleistete Zustand nicht vorhanden sei oder nicht eintrete. Inhalt der Gewährleistungspflicht sei es nicht, den mangelfreien Zustand herzustellen, denn die Gewährleistung liege dem Verkäufer gerade dann ob, wenn er den gewährleisteten Zustand nicht herbeiführen könne oder herbeizuführen nicht verpflichtet sei[118]). Wenn der Verkäufer aber nicht zur Behebung des Mangels verpflichtet sei, könne auch keine Erfüllungspflicht vorliegen.

Besonders eingehend hat sich Süß in seiner Abhandlung „Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel" mit dieser Frage befaßt. Auch er ist der Ansicht, daß beim Spezieskauf die Gewährleistungspflicht keine Erfüllungspflicht sei, denn der speziell verkaufte Gegenstand, und zwar seine Uebergabe und die Verschaffung des Eigentums an ihm, seien geschuldet. Von einem fehlerfreien Gegenstand sei nirgends die Rede, denn verkauft sei die bestimmte Sache so wie sie ist (tel quel). Der Verkäufer habe also voll erfüllt, wenn er die Sache so leiste, wie sie ist. Die Leistung einer mangelhaften Sache sei nicht eine mangelhafte Leistung oder Schlechtleistung, sondern beim Spezieskauf sei die Leistung der mangelhaften Sache volle Erfüllung[119]). Bei der Gewährleistungspflicht hafte man für etwas, z. B. für einen Zustand, aber man sei niemals wie bei der Erfüllungspflicht verpflichtet, diesen Zustand selbst herbeizuführen.

Auch in der Rechtsprechung wird diese Ansicht vertreten. Hier sei ein Urteil des Oberlandesgerichts Kiel vom 30. Oktober 1906[120]) angeführt.

Während sich die bisher zitierten Anhänger der Lehre, daß Gewährleistungsansprüche keine Erfüllungsansprüche seien, mit der Bedeutung dieser Frage für das Konkurs- und Vergleichs-

118) Planck, § 459, Anm. 1 c.

119) Düringer-Hachenburg, V 1, S. 102 ff. Vergl. auch Planck, § 459, Anm. 1 c; Oertmann, Komm. Anm. 2a δ zu § 433; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 379; Schollmeyer in Jher. Jahrb. 49/93 ff.

120) S. 49. 121) OLG. 16/400.

recht kaum befassen, hat Nagel darüber in seiner Schrift „Beiderseits unerfüllte gegenseitige Verträge im Vergleichsverfahren" eine gründliche Untersuchung angestellt [122]). Er behauptet, die Gewährleistungspflicht könne schon deshalb keine Erfüllungspflicht sein, weil für die Verpflichtungen des Verkäufers lediglich die Vorschrift des § 433 BGB. maßgebend sei [123]). Diese Bestimmung verpflichte den Verkäufer nur, die Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Dieser Pflicht sei auch mit der Lieferung einer mangelhaften Sache genügt. Von der Pflicht zur Lieferung einer fehlerlosen Sache sei nicht die Rede. Bestände eine solche, so hätte der Gesetzgeber dem Verkäufer auch eine Nachbesserungspflicht auferlegen können. Da er das nicht getan habe, könne man hieraus schon schließen, daß die Gewährleistungspflicht keine Erfüllungspflicht sei. Hierzu komme aber noch, daß der Verkäufer gemäß § 463 BGB. nur bei arglistigem Verschweigen oder beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, nicht dagegen in den übrigen, nicht in der vorerwähnten Weise besonders qualifizierten Haftungsfällen.

Hierzu ist mit dem Reichsgerichtsrätekommentar [124]) zu bemerken, daß die Leistungspflicht Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht ist. Wenn im § 433 BGB. als Verkäuferpflicht nur die Verpflichtung zur Uebergabe und zur Eigentumsverschaffung hervorgehoben ist, so folgt daraus noch nicht, daß hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache Leistungspflichten aus dem Kaufvertrage nicht bestehen. Die Pflicht zur fehlerlosen Leistung ist, weil selbstverständlich, nicht weil sie nicht bestände, unerwähnt geblieben.

Daraus, daß das Gesetz dem Verkäufer die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung nur in den besonderen Fällen des § 463 BGB. aufbürdet, ist auch nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Das Gesetz sieht davon ab, weil der Verkäufer den Mangel meist nicht gekannt hat. (Hat er ihn gekannt und arglistig verschwiegen, so ist er nach § 463 BGB. schadensersatzpflichtig.) Der Verkäufer der Speziessache ist auch in den seltensten Fällen in der Lage, die Mängelfreiheit herbeizuführen. Deshalb soll ihn die strenge Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung nicht treffen.

Im übrigen ist gerade daran, daß § 463 BGB. dem Käufer einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt, zu erkennen, daß die Gewährleistungspflichten Erfüllungspflichten sein müssen. Denn Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann man bekanntlich nur da fordern, wo nicht erfüllt worden ist. Nun wird, wie wir bei Nagel sahen, eingewendet,

122) Nagel, S. 30 ff. 123) S. 33/34.
124) RGRK. § 459, Anm. 2.

§ 463 ergreife nur einen qualifizierten Fall; das ist zwar richtig, aber wenn die Gewährleistungspflicht bei arglistigem Verschweigen des Verkäufers eine Erfüllnugspflicht ist, muß sie es auch in den gewöhnlichen, nicht qualifizierten Fällen sein. Zwar sind hier die rechtlichen Folgen der mangelhaften Lieferung aus Gründen, die oben erwähnt wurden, nicht so streng wie dort. d. h. die Verletzung der Erfüllungspflicht begründet keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Aber es handelt sich dabei nur um die Rechtsfolgen, nicht dagegen um die rechtliche Natur der Gewährpflicht, die in jedem Falle dieselbe ist.

Es würde auch unnatürlich sein, dem Verkäufer nach dem Gefahrübergang auf den Käufer eine Haftungspflicht wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache aufzubürden, wenn er vor dem Gefahrübergang lediglich verpflichtet gewesen wäre, die Sache so, wie sie ist, zu übergeben und zu Eigentum zu übertragen. Die Verkäuferpflichten wären dann nach dem Gefahrübergang größer als vor demselben, da die Haftung wegen Sachmängel erst mit dem Gefahrübergang eintritt, vorher aber eine diesbezügliche Erfüllungspflicht nicht bestanden hat. Daß diese Rechtslage tatsächlich eintritt, wenn die bisher bekämpfte Lehre richtig ist, scheint auch Süß anzuerkennen, der behauptet, daß das Gesetz die Haftung für Mängel zum Ausgleich für die Zuvielleistungspflicht des Käufers, also zur Wiederherstellung des durch die Schlechtleistung gestörten Synallagmas geschaffen habe [125]). Unseres Erachtens beruht die Gleichgewichtsstörung aber nicht auf der Zuvielleistungspflicht des Käufers (dieser ist nicht zu einem Zuviel, sondern zu der vertraglich vereinbarten Leistung verpflichtet), vielmehr darauf, daß der Verkäufer zu wenig leistet.

Der hier vertretenen Ansicht, daß die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewähr auf der vor der Uebergabe vorhanden gewesenen Leistungspflicht beruhe, hat sich auch das Reichsgericht in den Entscheidungen RG. 52/352 und 53/89 angeschlossen. — Dahinstellend: RG. in JW. 1927 S. 699 Nr. 37 [126]).

Nagel führt zum Beweise seiner Behauptung, daß bei mangelhafter Leistung einer Speziessache § 4 Vergl.O. keine Anwendung finde, noch ein weiteres Argument an. Er behauptet, daß der Vertrag vom Verkäufer im Sinne des § 4 Vergl.O. selbst dann voll erfüllt sei, wenn die Gewährleistungsansprüche Erfüllungsansprüche wären [127]). Wegen der von ihm für notwendig erachteten einschränkenden Auslegung des Begriffes Erfüllung

125) Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung S. 77.

126) Dort weitere Nachweise. Ungenau Sandrock, S. 98, der diese Entscheidung zur Unterstützung seiner Ansicht, daß mangelhafte Erfüllung der unvollständigen Erfüllung gleichstehe, heranzieht.

127) Nagel, S. 38/39.

in den §§ 4, 28 Vergl.O. könnten unter diesem Begriff nur die Ansprüche auf die vertragsmäßige Erfüllung im Sinne der Bewirkung der synallagmatischen Gegenleistung, der Austauschleistung, verstanden werden. Die Gewährleistungsansprüche seien aber keine synallagmatischen Ansprüche, denn der Käufer sei seine Zahlungsverpflichtung nur eingegangen, um die Sache zu erwerben, nicht um gegebenenfalls Minderungs-, Wandlungs- oder Schadensersatzansprüche zu haben.

Die Meinung, daß § 4 Vergl.O. nur Anwendung finden könne, wenn noch synallagmatische Erfüllungsansprüche bestehen, ist bei der Behandlung der Rückgewähransprüche aus dem Rücktrittsschuldverhältnis schon zurückgewiesen worden. Voraussetzung für die Anwendung des § 4 Vergl.O. ist, daß beiderseits Ansprüche bestehen, die auf einen gegenseitigen, d. h. synallagmatischen Vertrag zurückgehen. Ob die einzelnen noch ausstehenden Ansprüche selbst synallagmatische sind, ist unerheblich [128]). Daher ist es gleichgültig, ob die Gewährleistungsansprüche synallagmatischen Charakter haben.

Im übrigen ist aber der ganze Streit, ob die Gewährleistungsansprüche Erfüllungsansprüche im technischen Sinne sind, für das Konkurs- und Vergleichsverfahren mehr oder weniger bedeutungslos. Denn nach der ratio der §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. kommt es nicht darauf an, ob noch Erfüllungsansprüche bestehen, sondern es ist auf die Frage abzustellen, ob der Verkäufer den Käufer befriedigt und das Gleichgewicht (Synallagma) zwischen seinen Ansprüchen und denen des Käufers hergestellt hat [129]). Die §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. sollen nämlich verhindern, daß der Gläubiger seine Leistung gegen eine nur quotenmäßige Befriedigung voll bewirken muß. Diese Vergünstigung steht dem Gläubiger also zu, wenn er nicht erfüllte Ansprüche gegen den anderen Teil aus dem Vertragsverhältnis hat. Ob diese Ansprüche echte Erfüllungsansprüche oder gar synallagmatische Ansprüche sind, ist dabei unerheblich. Genügend ist, daß sie auf dem gegenseitigen Vertrage beruhen. Daß aber

---

128) Deshalb fällt ein durch Rücktritt von einem synallagmatischen Vertrage entstehendes Rückgewährschuldverhältnis unter § 4 Vergl.O., obgleich die Rückgewähransprüche nicht synallagmatisch sind, während die durch Rücktritt von einem nicht gegenseitigen Vertrage entstehenden Ansprüche, trotzdem sie sich von den zuerst erwähnten Rücktrittsansprüchen rechtlich nicht unterscheiden, vom Vergleiche betroffen sind.

129) Im Ergebnis ebenso Jaeger, § 17, Anm. 23: „Für die konkursrechtliche Behandlung von Kaufverträgen über eine mangelhaft gelieferte Speziessache ergibt sich aus der Verschiedenartigkeit der Meinung über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Erfüllungspflicht kein Unterschied, weil auch das Ausstehen von Nebenansprüchen aus dem Kaufe die Anwendbarkeit der §§ 17, 59 Nr. 2 begründet.

die Schlechtleistung dem Käufer einen auf dem synallagmatischen Vertrage beruhenden Anspruch gibt, ist schlechterdings nicht zu bezweifeln.

Aus diesen Gründen findet § 4 Vergl.O. Anwendung, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht vollgezahlt und der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert hat[130]).

Diese Ansicht ist auch rechtspolitisch durchaus vertretbar, und das Ergebnis wäre selbst dann wünschenswert, wenn man mit Nagel einig ginge. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb man den Käufer einer mangelhaften Speziessache nur deswegen dem Käufer einer mangelhaften Gattungssache gegenüber benachteiligen soll, weil man die Gewährleistungsansprüche des ersteren im Gegensatz zu denen des Käufers einer Gattungssache nicht als Erfüllungsansprüche ansieht. Im Sinne des § 4 Vergl.O. besteht kein Unterschied zwischen beiden Gewährleistungsansprüchen. Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist die Nichtzumutbarkeit ungleicher Leistungen beim synallagmatischen, auf Austausch gerichteten Vertrag. Weshalb soll aber dem Käufer einer Speziessache eine ungleiche Leistung zugemutet werden, dem Gattungskäufer dagegen nicht?

III. Da wir die Anwendbarkeit des § 4 Vergl.O. auf Wandelungsschuldverhältnisse untersuchen wollen, wäre die Frage nicht unberechtigt, weshalb wir uns dabei aufhalten, ob § 4 auf einen gegenseitigen Vertrag bei mangelhafter Leistung anzuwenden ist oder nicht. Denn von einem Wandelungsschuldverhältnis kann ja, wenn das Wandelungsrecht nicht ausgeübt wurde, noch garnicht die Rede sein. Trotzdem aber war unsere Erörterung nicht überflüssig, sondern deshalb notwendig, weil die oben behandelte Vorfrage bedeutsam wird, wenn das Wandelungsschuldverhältnis erst nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens zustande kommt.

§ 13.

Wann entsteht das Wandelungsschuldverhältnis?

Die Wandelung ist eines der Rechte, die dem Käufer bei mangelhafter Leistung des Verkäufers zustehen. Sie bedeutet nach der Definition des Gesetzes (§ 462 BGB.) Rückgängig-

130) Kiesow, § 4, Anm. 10; Mayer § 4, Anm. 12; § 30 Anm. 21; Mansfeld in LZ. 1927, Sp. 874: „Auch die in den §§ 462, 463, 480 geregelten Ansprüche auf Wandelung, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung, die auf einer besonderen gesetzlichen Garantiepflicht beruhen, stellen deshalb doch im Sinne des § 17 KO. Ansprüche aus dem zweiseitigen Vertrage dar".

Maeder, Seite 10, 12; Jaeger, § 17, Anm. 23; KTW. 1927, Seite 3; Weitere Nachweise bei Nagel, Seite 40.

machung des Kaufes. Gemäß § 467 BGB. finden auf die Wandelung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 BGB. entsprechende Anwendung.

Durch die Wandelung wird demnach der Kaufvertrag rückwirkend (ex tunc) aufgelöst. Es entstehen gegenseitige Rückgewähransprüche, auf welche nach § 467 in Verbindung mit § 348 die §§ 320, 322 BGB. entsprechende Anwendung finden. In welchem Augenblick aber das Rückgewährschuldverhältnis entsteht, ist lebhaft umstritten. Diese Frage ist für das Vergleichsverfahren nicht ohne Bedeutung, da die Beteiligung bezw. Nichtbeteiligung der Rückgewährforderung des Gläubigers davon abhängen kann, ob sie vor oder nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens entstanden ist.

Nach der sogenannten Vertragstheorie geht der Wandelungsanspruch auf den Abschluß eines Wandelungsvertrages, so daß das Wandelungsverlangen eine an den Verkäufer gerichtete Vertragsofferte ist. Die Anhänger dieser Lehre [131]) geben dem Käufer also nicht direkt Ansprüche auf Rückgewähr der Kaufsache.

Nach ihrer Meinung entstehen die beiderseitigen Rückgewähransprüche erst mit der Vollziehung der Wandelung (§ 465 BGB.), d. h. mit der freiwilligen oder erzwungenen Einverständniserklärung des Verkäufers in die vom Käufer begehrte Wandelung. Die Herstellungstheorie dagegen besagt, daß die Rückwährungsansprüche des Käufers und des anderen Teiles sofort mit der Erklärung des Wandelungsverlangens entstehen und daß dem § 465 BGB. lediglich die Bedeutung zuzumessen sei, daß er den Zeitpunkt bestimme, mit dem das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung untergehe.

Allerdings gibt auch Oertmann dem Käufer bereits vor vollendeter Wandelung ein Rückforderungsrecht wegen des Preises, weil die Zuerkennung eines solchen Rechtes vom unbefangenen Rechtsgefühl gebieterisch gefordert werde [132]). Diese mit Hinweis auf § 478 BGB. begründete Stellungnahme dürfte eher die Herstellungstheorie als die Vertragstheorie rechtfertigen. Daß die letztere nicht befriedigt, erkennen auch Dernburg-Raape an [133]), wenn sie ausführen: „Es wird nichts übrig bleiben, als die gesetzliche Konstruktion eines Wandelungs- oder Minderungsvertrages anzunehmen, aber alle Folge-

131) Leonhard, Besonderes Schuldrecht, S. 68; Oertmann, Komm. Anm. 1 zu § 465; Endemann, Lehrbuch S. 993; Crome, System II. Bd. S. 460 und andere.

132) Oertmann, Der gewöhnliche Handelskauf, in Ehrenbergs Handbuch IV. Bd., II. Abt., S. 478.

133) 2. Bd., 2. Abt., 4. Aufl., § 185 III, S. 83.

rungen daraus abzulehnen, welche ungesund und unpraktisch sind." Die hier zu Tage tretende Inkonsequenz wird durch die Herstellungstheorie vermieden.

Planck, einer der Vertreter dieser Theorie, hat sich in seinem Kommentar mit der Vertragstheorie eingehend auseinandergesetzt. Er führt aus[134]), daß für den Inhalt des Anspruches auf Wandelung in Betracht komme, daß nach § 467 Satz 1 auf die Wandelung der § 346 Satz 1 entsprechende Anwendung findet, der bestimmt: „Hat sich in einem Vertrag ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren." Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift führe dahin, daß dem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht der gesetzliche Anspruch auf Wandelung, der Ausübung des Rücktrittsrechts durch die einseitige Erklärung des Berechtigten die Geltendmachung des Anspruches auf Wandelung durch die Erklärung des Käufers, daß er Wandelung verlange, gleichzusetzen sei. Sie ergebe also, daß, wenn der Käufer Wandelung verlangt, die Parteien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben, der Käufer also vom Verkäufer Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises, und zwar nach § 348 BGB. Zug um Zug gegen Rückgewähr der empfangenen Sache, verlangen könne. Daß dieser Rückgewähranspruch erst mit der Vollziehung der Wandelung nach § 465 BGB. entstehe, also mit der freiwilligen oder erzwungenen Einwilligung des Verkäufers in die Wandelung, könne aus der entsprechenden Anwendung des § 346 Satz 1 nicht entnommen werden und folge auch nicht aus anderen Vorschriften. Allerdings stelle das Gesetz für die entsprechende Anwendung der §§ 347, 351 auf die Wandelung dem Rücktritt die Vollziehung der Wandelung gleich[135]). Aus der Gleichstellung der Vollziehung der Wandelung mit der Rücktrittserklärung in diesem Punkte könne aber nicht geschlossen werden, daß dieselbe Gleichstellung auch bei

134) Planck, II 2, Anm. 3 zu § 462.

135) Vergl. aber OLG. Hamburg in Seufferts Archiv, Bd. 68, Nr. 35, S. 58 und Krückmann, ZHR. 82/395. Beide gehen weiter als Planck und nehmen an, daß die Wandlung nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung vor der Erklärung, wandeln zu wollen, verschuldet hat. „Denn, so führt OLG. Hamburg aus, die Erklärung, wandeln zu wollen, hat tatsächlich eine der Rücktrittserklärung entsprechende Bedeutung. Erst durch die Erklärung wird aus der bloßen Befugnis zur Wandlung ein tatsächliches Verlangen. Der Augenblick, in welchem die Wandlung nach § 465 als vollzogen anzusehen ist, ist tatsächlich von weit geringerer Bedeutung und entspricht weit weniger dem Augenblick der Rücktrittserklärung."

der entsprechenden Anwendung des § 346 Satz 1 Plaz ergreifen müsse, der Käufer also erst, wenn die Wandelung nach § 465 vollzogen ist, Rückgewähr des Kaufpreises verlangen könne. Die Herstellungstheorie wird außer von Planck auch von Staub [136]), Düringer-Hachenburg [137]), Enneccerus-Lehmann [138]), Kohler [139]), Süß [140]), den Reichsgerichtsräten [141]) und neuerdings vom Reichsgericht [142]), welches früher der Vertragstheorie zuneigte [143]) vertreten. In dem Urteil vom 28. 4. 25 (II. Ziv.S.) [142]) führt das Reichsgericht aus, daß nach seiner ständigen (?) [143]) Rechtsprechung das Wandelungsverlangen des mangelhaft belieferten Käufers nicht ein Antrag zum Abschluß eines Vertrages ist, sondern die Geltendmachung eines Anspruchs auf Rückgängigmachung des Kaufes (§ 462 BGB.) mit der Wirkung, daß die Wandelung vollzogen ist, der Käufer daher nun nicht mehr zu anderen Gewährleistungsansprüchen übergehen kann, sobald sich der Verkäufer mit ihr einverstanden erklärt hat oder der Anspruch gerichtlich zugesprochen worden ist.

Die Herstellungstheorie wird, wie ihre Anhänger betonen, allein dem praktischen Bedürfnis gerecht, da sie den die Wandelung begehrenden Käufer nicht zwingt, erst auf Abschluß des Wandelungsvertrages zu klagen und darauf eine neue Klage auf Rückgewähr anzustrengen. Dieses unmögliche und umständliche Ergebnis suchen die Anhänger der Vertragstheorie durch die Verbindung beider Klagen zu vermeiden. Es kann jedoch nicht geleugnet werden, daß theoretisch ein unnötiger Umweg zu machen ist. Vom konkurs- und vergleichsrechtlichen Standpunkt aus ist aus Gründen, die später dargelegt werden sollen, der Herstellungstheorie der Vorzug zu geben.

---

136) Staub, § 377, Anm. 59 ff.

137) Düringer-Hachenburg, Bd. V 1, Seite 189, Anm. 213, 213a der Einleitung.

138) Enneccerus-Lehmann, 2. Bd. Recht der Schuldv. 1930, S. 372.

139) Kohler, Lehrbuch 2. Bd., 1. Teil, S. 238—239: „Die Wandelung ist eine Art des Rücktritts, bei der die Freiwahl soweit geht, daß auch die einmalige Erklärung der Wandelung noch abänderlich, also nicht unwiderruflich ist."

140) Süß, a. a. O., Seite 3. 141) RGRK. § 462, Anm. 2.

142) RG. in Recht 1925, Nr. 928 und DJZ. 1925, S. 1335.

143) RG. 59/98; 74/4; Dahinstellend RG. 58/423 f.

§ 14.

Die Anwendbarkeit des § 4 Vergl.O. auf das zweiseitige Wandelungsschuldverhältnis.

Durch die Wandelung entstehen Rückgewähransprüche. Falls beide Parteien auf Grund des Vertrages Leistungen erbracht haben, ist das Rückgewährschuldverhältnis zweiseitig. Auf das zweiseitige Wandelungsschuldverhältnis finden die §§ 320, 322 BGB. entsprechende Anwendung. Es ist jedoch ebenso wenig ein gegenseitiger Vertrag oder ein synallagmatisches Schuldverhältnis wie die zweiseitige durch den Rücktritt entstehende Legalobligation.

Zwar hatte noch RG. 66/61 angenommen, daß durch das Wandelungsurteil ein dem gegenseitigen Vertrage gleich zu behandelndes Schuldverhältnis entstehe, weil die aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen seien, weil ferner die §§ 348, 367 BGB. die das Wesen des gegenseitigen Vertrages kennzeichnenden §§ 320, 322 BGB. auf die Wandelung Anwendung finden lassen, und weil endlich gegenseitige Zug um Zug zu erfüllende, aus demselben Rechtsverhältnis entspringende Verbindlichkeiten in Frage ständen. Das Reichsgericht aber hat diesen Standpunkt in RG. 93/49 aufgegeben und sich der herrschenden Lehre [144]) angeschlossen. Mit Recht führt es aus, daß die Wandelung eines Kaufes an sich nicht die Wirkung habe, daß an die Stelle des rückgängig gemachten Kaufvertrages ein anderer gegenseitiger Vertrag trete. Denn das Wesentliche und die Natur des Rechtsverhältnisses Bestimmende sei bei der Wandelung nicht wie beim gegenseitigen Vertrag ein Austausch von Leistung und Gegenleistung, sondern die Beseitigung des auf einen solchen Austausch gerichteten Vertrages. Daran ändere auch nichts der Umstand, daß die Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen Zug um Zug unter entsprechender Anwendung der für den gegenseitigen Vertrag geltenden Vorschriften stattzufinden habe. Denn hierbei handele es sich um eine nebensächliche Folge der Rückgängigmachung des Kaufvertrages, die ja nach dem zufälligen Stand der beiderseitigen Leistung auch ganz ausbleiben oder nur für einen der beiden Teile wirksam werden könne [145]). In dieser Entscheidung

144) Planck, Komm. § 467, Anm. 2; Adler, Beiträge zum Recht der Gewährleistung in ZHR. 75/453 ff. (507 u. 511); RGRK. § 462, Anm. 2 u. andere.

145) Vergl. ferner RG. in Recht 1925, Nr. 928: „Allerdings hat die vom Gesetz in § 465 BGB. geforderte Willenserklärung als solche Vertragscharakter, sie begründet aber nicht einen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB.; sondern erzeugt nur die schuldrechtliche Folge der Rückgängigmachung des Kaufes durch Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen." RG. 93/49.

erwähnt das Reichsgericht auch das oben angeführte Urteil in RG. 66/61, glaubt aber, trotz des nunmehr eingenommenen entgegengesetzten Standpunktes dazu nicht Stellung nehmen zu müssen, weil es sich in RG. 66/61 um einen urteilsmäßigen Wandelungsspruch gehandelt habe, in RG. 93/49 dagegen um einen außergerichtlichen Wandelungsvollzug. (!) Der Grund ist nicht gerade einleuchtend, denn wenn man ein durch außergerichtliche Wandelung entstandenes Rückgewährschuldverhältnis nicht als synallagmatisches Vertragsverhältnis ansieht, kann man den gerichtlichen Wandelungsanspruch unmöglich für einen Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrage halten. Eine klare Stellungnahme hätte deshalb nicht geschadet.

Im Gegensatz zur herrschenden, unseres Erachtens durchaus richtigen Lehre ist Krückmann[146]) der Ansicht, daß der Wandelungsvertrag den Kauf nicht aufhebe, sondern ihn bestehen lasse. Der Kauf müsse nach wie vor als vollkommen gültig behandelt werden. Denn der Wandelungsvertrag gebe nur die Rechte, die der Käufer auf Grund des Kaufes ohnehin schon gehabt habe. Nur in einer einzigen Beziehung sei die Vorstellung der rechtlichen Vernichtung richtig. Die vollzogene Wandelung beseitige den Erfüllungsanspruch[147]). Diese Lehre steht mit dem § 467 BGB., der auf die Bestimmung für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht verweist, in Widerspruch. Denn wird durch den Rücktritt der Vertrag ex tunc aufgelöst, so wird er es auch durch die Wandelung. Im übrigen gibt der Wandelungsvertrag dem Käufer nicht die Rechte, die er auf Grund des Kaufes schon hatte. Auf Grund des Kaufvertrages hatte er das Recht auf Leistung und Erfüllung des Kaufvertrages, nicht aber Rückgewähransprüche. Und es ist nicht richtig, daß der Rückleistungsanspruch, wie Krückmann[148]) annimmt, sofort mit Abschluß des Kaufvertrages als rechtsbedingter unter der condicio juris entstehe, daß die Ware im Augenblick des Gefahrüberganges mangelhaft sein werde, und daß der Rückleistungsanspruch damit Inhalt des Kaufvertrages werde. Die Rückleistungsansprüche können vielmehr frühestens im Augenblick des Gefahrüberganges entstehen und auch dann allenfalls rechtsbedingt unter der condicio juris[149]), daß die Wandelung erklärt wird[150]). Diese Rück-

146) Wandelung und Minderung als Anerkenntnis in ZHR., Bd. 82, S. 361 ff.

147) S. 370. 148) S. 364.

149) Die von Oertmann in diesem Falle aber wohl abgelehnt wird. Vergl. seine Stellungnahme zu der entsprechenden Frage beim Rücktritt in Rechtsbedingung, S. 69.

150) Falls die Ware vor Vergl. Eröff. geliefert und die Gefahr vor diesem Zeitpunkt übergeht, sind die Rückgewähransprüche u. E. im S. des § 3 KO. begründet. Sie entstehen erst mit der Erklärung.

gewährsansprüche sind aber keine vertraglichen, sondern sie beruhen ja auf dem Gesetz. Deshalb ist auch das Rückgewährschuldverhältnis aus §§ 467, 346 BGB. kein vertragliches und synallagmatisches. Die Polemik Krücknanns gegen RG. 93/49 [151]) ist demnach verfehlt. Von einem synallagmatischen, vertraglichen Schuldverhältnis kann bei den gegenseitigen Rückgewährpflichten aus der Wandelung nicht die Rede sein.

Das schließt jedoch nicht aus, daß auf dieses Wandelungsschuldverhältnis wie auf das durch den Rücktritt entstandene Rückgewährschuldverhältnis die §§ 4 Vergl.O. und 17 KO. Anwendung zu finden haben. Es sind hier wie dort dieselben Gesichtspunkte maßgebend, denn § 467 BGB. verweist für das Wandelungsschuldverhältnis auf die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348 BGB. [152]).

Allerdings ist Staub [153]) mit Berufung auf RG. 93/49 für den Fall, daß die Wandelung vor Konkurseröffnung erfolgt ist, abweichender Ansicht. Er verneint die Möglichkeit der Anwendung des § 17 KO., da die gegenseitigen schuldrechtlichen Ansprüche auf Rückgewähr des Empfangenen weder ein gegenseitiger Vertrag sind noch einem solchen gleichstehen. Daß letzteres richtig ist, kann nicht bestritten werden und wird auch von uns anerkannt. In diesem Reichsgerichtsurteil steht aber, wie oben im § 4 schon ausgeführt wurde, nur zur Entscheidung, ob auf das Wandelungsschuldverhältnis lediglich die durch §§ 467, 346, 348 BGB. bezeichneten oder sämtliche Bestimmungen des 2. Titels anwendbar sind. Es muß jedoch bestritten werden, daß diese Entscheidung für die konkursrechtliche Behandlung des Wandelungsschuldverhältnisses, insbesondere die Anwendbarkeit der §§ 17 KO., 4, 28 Vergl.O. von Bedeutung ist. Denn diese Fragen sind von grundlegender Verschiedenheit. Das wird von Staub außer Acht gelassen, wie er auch insbesondere die weitgehende Verwandtschaft zwischen den §§ 17 KO. und 4 Vergl.O. einerseits und den §§ 348, 320 und 322 BGB. andererseits übersieht. Gerade die Tatsache, daß durch § 348 BGB. die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 320, 322 BGB. begründet wird, sollte doch dazu führen, auch das Wandelungsschuldverhältnis unter den Begriff des „gegenseitigen bezw. zweiseitigen Vertrages" in den angeführten konkurs- und vergleichsrechtlichen Bestimmungen zu fassen.

151) S. 372: Das Urteil überzeuge nicht, denn es handele sich unter allen Umständen um ein synallagmatisches Rechtsverhältnis, § 348 arg. § 467, dies Rechtsverhältnis sei überdies ein vertragliches, da es auf dem ursprünglichen Kaufvertrag beruhe.

152) Jaeger, KO. § 17, Anm. 19: Mentzel, § 17, Anm. 1; Kiesow, § 4, Anm. 15; Eisold, § 4, Anm. 4: Vergleiche oben § 4, Seite 18 ff.

153) Staub, Anhang zu § 382, Anm. 82c.

Im übrigen ist es merkwürdig, daß Staub, der in Anmerkung 82 c die Anwendung des § 17 KO. auf das Wandelungsschuldverhältnis mißbilligt, sich einige Seiten weiter in der Anmerkung 90 d [154]) für seine Anwendung auf das Rücktrittsschuldverhältnis ausspricht. Das ist eine in Anbetracht der völligen Gleichartigkeit beider Schuldverhältnisse nicht recht verständliche Inkonsequenz.

§ 15.

Wann ist der Rückgewähranspruch „begründet"?

Wie beim Rücktritt, so ist auch bei der Wandelung die Frage von Bedeutung, wann die Rückgewähransprüche aus dem Wandelungsschuldverhältnis im Sinne des § 3 KO. begründet sind. Denn es ist ja möglich, daß diese Ansprüche erst nach der Eröffnung des Vergleichsverfahrens entstehen, dann nämlich, wenn erst nach der Eröffnung die Wandelung erklärt wird. Kiesow [155]) nimmt hier, wenn zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens ein beiderseits nicht voll erfüllter gegenseitiger Vertrag vorlag, ein Neugläubigerschuldverhältnis an. Daß diese Ansicht nicht richtig sein kann, ist oben [156]) bei der Behandlung des Rücktrittsschuldverhältnisses im Vergleichsverfahren schon dargelegt worden. Der Kürze halber sei darauf verwiesen, da die Fragen im wesentlichen sowohl beim Rücktritt als auch bei der Wandelung dieselben sind. Es soll hier nur daran erinnert werden, daß nach Grimm ein begründeter Anspruch in dem Zeitpunkte vorliegt, wo die juristischen Tatsachen eingetreten sind, die seinen Umfang (primär) bestimmen [157]). (Die sekundär umfangbestimmenden Tatsachen bleiben außer Betracht.) [158]). Die primär umfangbestimmenden Tatsachen liegen in dem Augenblick vor, in welchem der Wandelungsanspruch, d. h. das Recht des Käufers zu wandeln, entsteht. Maßgebend dafür ist § 459 BGB., wonach der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür haftet, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Entsteht demnach der Wandelungsanspruch bei Leistung einer fehlerhaften Sache mit dem Gefahrübergang, d. i. in den meisten Fällen mit der Uebergabe, so sind die gegenseitigen Rückgewähransprüche zu diesem Zeitpunkt im Sinne des § 3 KO.

154) Staub, Anhang zu § 382, Anm. 90d.
155) Kiesow, § 4, Anm. 15a.
156) § 8, Seite 32.
157) Grimm, a. a. O., S. 35—36.
158) dazu gehört die Wandelungserklärung.

begründet[159]). Daraus folgt, daß sie keine Neuforderungen sein können, wenn die Leistung der fehlerhaften Sache vor Eröffnung des Vergleichsverfahrens, die Wandelung aber erst später erfolgt. Auch hier bedarf es, um zu diesem Ergebnis zu kommen, nicht der Annahme, daß die gegenseitigen Rückgewähransprüche im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gesetzlich bedingt seien unter der aufschiebenden condicio juris der Wandelung. Selbst wenn man, wie K i e s o w , die Konstruktion der gesetzlichen Bedingung ablehnt, muß man zu dem hier vertretenen Ergebnis kommen, da Forderungen, die erst nach der Eröffnung des Verfahrens entstehen, nicht nur dann im Sinne des § 3 KO. begründet sind, wenn sie aufschiebend bedingt sind[160]).

Einzelfälle

§ 16.

Die Wandelung nach Eröffnung des Vergleichsverfahrens, falls in diesem Zeitpunkt der Vertrag auf einer Seite voll erfüllt war.

1. Wird das Vergleichsverfahren eröffnet, nachdem der Vergleichschuldner — Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert und der Käufer den vollen Kaufpreis gezahlt hat, so ist der Käufer mit seinem Gewährleistungsanspruch am Verfahren beteiligt, da § 4 mangels beiderseitiger Nichterfüllung keine Anwendung findet. Verlangt er Minderung, so kann er den entsprechenden Kaufpreisteil quotenmäßig beschränkt zurückfordern. Er kann aber auch wandeln. Tut er dies, so entstehen zweiseitige Rückgewähransprüche. Allerdings ist der Käufer dann mit seinem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises ebenfalls am Verfahren beteiligt — dieser Anspruch war ja vor der Eröffnung des Verfahrens begründet —, so daß er im Falle des Erlaßvergleiches nur auf quotenmäßige Befriedigung rechnen kann. Dieses Ergebnis ist in jeder Beziehung haltbar, da es der Tatsache Rechnung trägt, daß der Gläubiger mit seinem Gewährleistungsanspruch am Verfahren beteiligt ist. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß dem Käufer durch die Wandelung ein

159) RGRK. § 459, Anm. 2 „Der Grund für die Haftung aus der Lieferungspflicht entsteht mit dem Abschluß des Kaufvertrages. Der Haftungsfall aber tritt regelmäßig erst bei dem Uebergang der Gefahr für die Sache auf den Käufer ein.“ Hier wird dieselbe Ansicht wie im Text vertreten. Man darf sich nicht durch den ersten Satz verleiten lassen, den Anspruch als schon mit Abschluß des Kaufvertrages „begründet“ im Sinne des § 3 KO. anzusehen. Daß er das erst mit dem in § 459 BGB. bestimmten Zeitpunkt ist, spricht Satz 2 deutlich aus.

160) Vergl. oben § 1, Seite 13.

erheblicher Schaden entstehen kann. Darin ist aber nichts Bedenkliches zu sehen, denn Nachteile sind mit dem Vergleichsverfahren des Vertragsgegners, falls es sich nicht um bevorrechtigte oder unter § 4 fallende Ansprüche handelt, meist verbunden. Im übrigen zwingt den Käufer aber auch niemand zur Wandelung, wenn er sich mit der weniger nachteiligen Minderung begnügen will.

Würde man dagegen wie Cohn[161]) die Wandelungslage zurückdatieren, müßte man, wenn man nicht gleichzeitig dem gegenseitigen Rückgewährschuldverhältnis, der Legalobligation, den Charakter eines unter § 4 Vergl.O. fallenden Schuldverhältnisses abspricht, dem Gläubiger volle Befriedigung geben. Folgt man aber andererseits der Ansicht von Kiesow[162]), daß die nach der Vergleichseröffnung erfolgte Wandelung ein Neugläubigerschuldverhältnis zum Entstehen bringt, so ist ebenfalls die Folgerung unabweislich, daß der Gläubiger nicht am Verfahren beteiligt ist. Beide Ansichten, sowohl die Rückdatierung (abgesehen von der von Cohn angenommenen Besonderheit) als auch die Konstruktion des Neugläubigerschuldverhältnisses, verkennen das Wesen des Begriffs „begründet" in § 3 KO.[163]) und führen zu unhaltbaren Ergebnissen, während unsere Ansicht dem Billigkeitsempfinden entspricht.

2. Hat der nicht im Vergleichsverfahren befindliche Teil mangelhaft geliefert, der Vergleichsschuldner — Käufer — dagegen volle Zahlung geleistet, so liegt ein beiderseits nicht voll erfüllter gegenseitiger Vertrag nicht mehr vor, wenn nunmehr das Vergleichsverfahren eröffnet wird. Der Vergleichsschuldner hat alle Rechte, die einem Gläubiger demjenigen gegenüber zustehen, der mangelhaft geliefert hat. Er kann demnach ohne Zweifel den Minderungsanspruch geltend machen. Allerdings kann es fraglich sein, ob er auch zur Wandelung berechtigt ist. Die Wandelung ist nämlich gemäß §§ 467, 351 BGB. ausgeschlossen, wenn der Berechtigte, hier der Vergleichsschuldner, die Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Daß der Vergleichsschuldner zur Herausgabe der mangelhaft gelieferten Sache außer Stande ist, ergibt sich aus § 5 Vergl.O. Wenn nämlich der Vergleichsschuldner die Sache herausgibt, so würde in dieser Handlung ein den Grundsatz der par condicio creditorum verletzendes Abkommen zu erblicken sein, welches nichtig ist. (§ 5 Abs. 3 Vergl.O.) Es fragt sich nun, ob in dieser Unmöglichkeit der Herausgabe ein Verschulden

161) Cohn, JW. 1932, S. 146 ff.

162) Kiesow, Vergl.O. § 4, Anm. 15a.

163) Cohn unterscheidet nicht zwischen Begründung im Sinne von § 3 KO. und Entstehen eines Anspruchs, und Kiesow verkennt, daß noch nicht entstandene Ansprüche auch dann begründet sein können, wenn sie nicht aufschiebend bedingt sind.

des Vergleichsschuldners im Sinne des § 351 BGB. liegt. Diese Frage wird zu verneinen sein. Zwar hat der Vergleichsschuldner grundsätzlich sein durch die Vergleichseröffnung hervorgerufenes Nichtleistenkönnen zu vertreten, da seine schlechte Vermögenslage als von ihm verschuldet angesehen wird. Dieser Gedanke beherrscht auch den § 30 Vergl.O. Trotzdem findet aber § 351 in dem hier gedachten Falle keine Anwendung. Denn aus § 351 BGB. ergibt sich, daß sich das Verschulden im Sinne dieser Bestimmung speziell auf den herauszugebenden Gegenstand beziehen muß. Für diese Auslegung spricht sowohl die ratio des § 351 als auch sein Wortlaut. Denn es heißt dort: „Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat." Da die „Unmöglichkeit" in einem Zuge mit Verschlechterung und Untergang genannt ist, kann sich das Verschulden nur auf eine Unmöglichkeit beziehen, die durch eine Einwirkung auf den bestimmten für den Rücktritt in Frage kommenden Gegenstand entstanden ist, z. B. durch eine Weiterveräußerung ohne Verpflichtung des Erwerbers zur Rückübertragung. Ein Verschulden im Sinne des § 351 BGB. ist aber nicht in dem (an sich gewiß zu vertretenden) Vermögensverfall des Berechtigten zu erblicken. Denn dieses Verschulden ist allgemeiner Natur und hat mit dem zurückzugewährenden Gegenstande speziell nichts zu tun.

Der Wandelung steht also auch dann, wenn der Berechtigte sich im Vergleichsverfahren befindet, nichts im Wege. Macht der Vergleichsschuldner von seinem Rechte Gebrauch, so entstehen gegenseitige Rückgewähransprüche. Der Vergleichsschuldner hat den Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises, der andere Teil den Anspruch auf Rückgewähr der gelieferten Sache, den er allerdings gemäß § 2 Vergl.O. in Verbindung mit § 69 KO. nur in Reichsmark geltend machen kann und mit dem er unter den Vergleich fällt. Der nicht im Vergleichsverfahren befindliche Teil wäre an sich demnach erheblich benachteiligt, da er voll leisten muß gegen quotenmäßige Befriedigung durch den Vergleichsschulner. Dieses Ergebnis wird jedoch durch die Möglickkeit der Aufrechnung vermieden. (§ 36 Vergl.O. §§ 53, 54 KO.) Nach unserer Ansicht ist das durch die Wandelung entstandene Rückgewährschuldverhältnis schon vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens begründet gewesen, so daß nach § 54 Abs. 1 KO. aufgerechnet werden kann. Es entsteht keine Neuforderung, die nach § 55 Ziffer 1 oder 2 KO. die Aufrechnung ausschließen würde. Dieser Standpunkt wird auch vom Reichsgericht vertreten[164]). Demnach hat der nicht im Vergleichs-

164) Vergleiche RG. 58/11 und RG. in LZ. 1916, Sp. 1191, Nr. 14

verfahren befindliche Teil nur den über seine Rückgewährforderungen hinausgehenden Betrag an den Vergleichsschuldner zu erstatten. Das kommt im Ergebnis meist auf dasselbe heraus, als wenn der Vergleichsschuldner statt Wandelung Minderung verlangte. Infolgedessen wird für den Vergleichsschuldner kaum ein Anreiz vorhanden sein, Wandelung zu verlangen. Tut er es doch, so wird dem nicht im Vergleichsverfahren befindlichen Teil wegen der Möglichkeit der Aufrechnung kaum ein Schaden entstehen können. Auch hier führt unsere Ansicht also zu einem billigen Ergebnis.

§ 17.

Die Wandelung beiderseits nicht voll erfüllter Verträge, bei denen der Vergleichsschuldner Käufer ist.

1. Wird das Vergleichsverfahren eröffnet, nachdem der Verkäufer mangelhaft geliefert und der Vergleichsschuldner-Käufer noch nichts gezahlt oder nur eine Anzahlung geleistet hat, so liegt nach unserer Ansicht zur Zeit der Eröffnung ein beiderseits nicht voll erfüllter gegenseitiger Vertrag vor. Demnach ist der Verkäufer mit seinem Kaufpreisanspruch am Verfahren nicht beteiligt. Der Vergleichsschuldner hat nun die Möglichkeit, den Minderungsanspruch geltend zu machen und gemäß § 28 Vergl.O. mit Ermächtigung des Gerichts die Erfüllung des Vertrages abzulehnen. Denn bei Geltendmachung des Minderungsanspruchs bleibt der Vertrag bestehen, so daß der Anwendung des § 28 Vergl.O. nichts im Wege steht. Der Gläubiger erhält gemäß § 30 Vergl.O. einen durch die Minderung entsprechend verkleinerten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, mit welchem er am Verfahren beteiligt ist und vom Vergleiche betroffen wird. Die Annahme, daß der Vergleichsschuldner sich dadurch, daß er den Minderungsanspruch geltend macht, des Rechts auf Erfüllungsablehnung gemäß § 28 Vergl.O. begäbe, wäre u. E. als irrig abzulehnen. Denn in der Erklärung des Vergleichsschuldners, zu mindern, liegt nicht gleichzeitig auch die Erklärung, den Vertrag erfüllen zu wollen. Vielmehr wird damit lediglich der Wille des Vergleichsschuldners zum Ausdruck gebracht, den durch die Ablehnung der weiteren Erfüllung nach §§ 28, 30 Vergl.O. entstehenden Schadensersatzanspruch nicht in voller, der Lieferung einer mängelfreien Sache entsprechenden Höhe, sondern nur entsprechend dem Minderwerte entstehen zu lassen.

Der Vergleichsschuldner hat aber neben der Erfüllungsablehnung auch noch das Recht der Wandlung. Uebt er dieses Recht aus, so ist er allerdings zur Rückgewähr der gelieferten Sache verpflichtet, da der Vertrag, der durch die Wandelung in

das Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wurde, zur Zeit der Vergleichseröffnung beiderseits nicht voll erfüllt war. Der Verkäufer kann mit seiner Kaufpreisforderung nicht dadurch in das Vergleichsverfahren hineingezogen werden, daß sich seine Forderung aus einem Erfüllungsanspruch aus irgend einem Grunde in einen Rückgewähranspruch verwandelt [165]). Der Schuldner wird deshalb, wenn er die gerichtliche Ermächtigung zur Erfüllungsablehnung erreichen kann, zweckmäßig mindern und von seinem Wandelungsrecht keinen Gebrauch machen. Wenn er erst einmal gewandelt hat und sein Wahlrecht zwischen Wandelung und Minderung erloschen ist (§ 465 BGB.), ist der ursprüngliche Kaufvertrag erloschen, so daß für die Erfüllungsablehnung kein Raum mehr ist.

Wenn wir im vorliegenden Falle annehmen, daß der Verkäufer nach erfolgter Wandelung mit seinem Rückgewähranspruch am Verfahren nicht beteiligt ist, so gehen wir im Ergebnis mit Kiesow [166]) einig. Während wir jedoch der Ansicht sind, daß der Rückgewähranspruch schon vor der Vergleichseröffnung begründet war, glaubt Kiesow irriger Weise ein Neugläubigerschuldverhältnis annehmen zu müssen.

Bei der Lieferung einer mangelhaften Speziessache kommt man bei gleichem Tatbestand zu einem andern als dem von uns erzielten Ergebnis, wenn man die von uns abgelehnte Lehre Nagels billigt, daß in diesem Falle ein § 4 Vergl.O. entsprechendes Rechtsverhältnis nicht vorliege. Der Verkäufer ist dann mit seinem Anspruch auf den Kaufpreis ohne weiteres am Verfahren beteiligt, und zwar, wenn der Vergleichsschuldner-Käufer Minderung geltend macht, mit dem Anspruch auf den geminderten Kaufpreis. Wenn der Vergleichsschuldner wandelt [167]), so ist der Verkäufer, während er den Kaufpreis zurückzahlen muß, mit seinem Rückgewähranspruch auf die Sache am Verfahren beteiligt. Diesen Rückgewähranspruch muß er in Reichswährung geltend machen (§ 69 K.O.). Da der Anspruch aber vor der Vergleichseröffnung begründet war, so kann der Verkäufer seine Forderung mit der des Vergleichsschuldners aufrechnen. Dem Vergleichsschuldner wäre infolgedessen mit der Wandelung nur gedient, wenn die von ihm geleistete Anzahlung gering gewesen ist.

In diesem Zusammenhang ist noch auf folgende von Eisold [168]) vertretene Ansicht einzugehen, daß der Gläubiger, der schuldhaft eine mangelnde Sache liefert, hinsichtlich seines

165) Vergleiche RG. 112/54 ff.

166) Kiesow, Vergl.O. § 4, Anm. 15a.

167) daß ihm die Wandelung nicht gemäß § 351 BGB versagt ist, ist in § 16 dargelegt worden.

168) Eisold, Vergl.O. § 28, Anm. 15.

Anspruchs auf die Gegenleistung ebenso zu behandeln sei, wie der, welcher vor Eröffnung des Verfahrens vollständig geleistet hat. Denn es sei unbillig, den vertragswidrig handelnden Gläubiger besser zu stellen als den vertragstreuen, der mit seinem Gegenanspruch auf die Quote beschränkt sei. Eisold kommt also auf dem Billigkeitswege zu demselben Ergebnis wie N a g e l bei mangelhafter Lieferung einer Speziessache. Die Meinung Eisolds mag auf den ersten Blick lobenswert erscheinen, da sie anscheinend der Billigkeit mehr entspricht als die von uns vertretene. Sie ist indes abzulehnen. Denn wenn man schon annimmt, daß mangelhafte Erfüllung Nichterfüllung sei (Eisold will ja auch nur die s c h u l d h a f t e Schlechterfüllung betrafen), so gebietet auch die Konsequenz, den mangelhaft liefernden Käufer der Vorteile des § 4 Vergl.O. teilhaftig zu machen. Denn dieser § 4 fragt nicht danach, weshalb der Vertrag noch nicht voll erfüllt ist. Es ist für seine Anwendung gleichgültig, ob die Nichterfüllung auf Nichtfälligkeit der Schuld, Verzug oder mangelhafter Lieferung beruht. Wollte man Eisold zustimmen, so müßte man den nicht im Vergleichsverfahren befindlichen Vertragsteil auch dann mit seiner Forderung am Vergleiche beteiligt sein lassen, wenn er nur deswegen nicht voll erfüllt hat, weil er sich im Verzuge befindet. Daran denkt aber niemand. Das würde auch dem Wortlaut und dem Sinn des § 4 Vergl.O. widersprechen.

2. a) Hat der Vergleichsschuldner eine Anzahlung geleistet, aber v o r der Eröffnung des Vergleichsverfahrens wegen mangelhafter Lieferung durch den Verkäufer gewandelt, und hat sich der Verkäufer ebenfalls vor der Eröffnung des Verfahrens mit der Wandelung gemäß § 465 freiwillig oder gezwungen einverstanden erklärt, so liegt im Zeitpunkte der Vergleicheröffnung ein unter § 4 Vergl.O. fallendes gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis vor [169]). Der Verkäufer ist mit seiner Forderung auf Rückgewähr des Kaufpreises am Vergleichsverfahren nicht beteiligt [170]). Der Vergleichsschuldner und der Verkäufer können die Erfüllung bezw. weitere Erfüllung des Rückgewährschuldverhältnisses mit Ermächtigung des Gerichts ablehnen. Denn § 28 Vergl.O. findet, wie bereits dargelegt, nicht nur bei Verträgen, sondern bei allen unter § 4 Vergl.O. fallenden Schuldverhältnissen Anwendung.

Unseres Erachtens ist die Rechtslage nicht anders, wenn der zur Wandelung berechtigte Vergleichsschuldner die Wandelung zwar erklärt, der Verkäufer aber sich zur Zeit der Vergleichseröffnung weder freiwillig noch durch rechtskräftiges Urteil ge-

169) A. M. Cohn, JW. 1932/146 ff und Nagel, die § 4 Vergl.O. nur auf synallagmatische Schuldverhältnisse anwenden.

170) Mentzel, KO. § 17, Anm. 1; Jaeger KO. § 17, Anm. 19; Maeder S. 11; Eisold, Vergl.O. § 4, Anm. 4; Kiesow, § 4, Anm. 15.

zwungen mit ihr einverstanden erklärt hat. Diese unsere Ansicht läßt sich allerdings nur vom Standpunkt der Herstellungstheorie aus halten. Der Anhänger der Vertragstheorie muß zu dem Ergebnis kommen, daß, falls die Wandelung zur Zeit der Vergleichseröffnung noch nicht i. S. des § 465 BGB. vollzogen ist, von einem Wandelungsschuldverhältnis noch nicht die Rede sein kann, sondern daß der ursprüngliche Kaufvertrag noch besteht. Dieser fällt, da er beiderseits nicht voll erfüllt ist, unter § 4 Vergl.O. Die Parteien können infolgedessen auch noch von dem Recht der Erfüllungsablehnung Gebrauch machen, wenn ihnen die gerichtliche Ermächtigung erteilt wird. In diesem Falle wäre für die Wandelung kein Raum mehr, da sich Erfüllungsablehnung und Wandelung ebenso ausschließen wie Erfüllungsablehnung und Rücktritt. Falls die Parteien aber die Erfüllung des Vertrages nicht ablehnen, so bleiben die Rückgewähransprüche des Verkäufers, wenn die Wandelung demnächst vollzogen wird, vom Vergleichsverfahren unberührt, weil der Kaufvertrag, durch dessen Umgestaltung sie entstanden sind, unter § 4 Vergl.O. fiel. Kiesow[171]) ist, wenn die Wandelung vor der Vergleichseröffnung erklärt, aber erst nach diesem Zeitpunkt vollzogen wird, ebenfalls anderer als der von uns vertretenen Ansicht. Da der Käufer, hier der Vergleichsschuldner, bis zur Vollziehung der Wandelung an sein Wandlungsbegehren nicht gebunden ist, sondern zur Minderung übergehen kann, so könne man nicht sagen, daß der Berechtigte den Kaufvertrag durch sein Wandlungsbegehren endgültig in ein neues gegenseitiges von keiner Seite voll erfülltes Rückgewährschuldverhältnis umgestaltet habe. Man könne daher auf die Wandelung in diesem Falle die Vorschriften der §§ 4, 28 Vergl.O. nicht anwenden. Werde das Wandelungsurteil demnächst rechtskräftig, so entstehe eine Neuschuld, die nicht vom Vergleiche betroffen sei und auch nicht mit Hilfe von § 28 Vergl.O. unter den Vergleich gebracht werden könne. Diese Ansicht Kiesows ist nicht zu billigen. Erstens kann eine Neuschuld nicht entstehen, weil das Rückgewährschuldverhältnis zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens bereits begründet war. Zweitens entstehen die Rückgewähransprüche der Parteien nach der von uns vertretenen Herstellungstheorie mit der Wandelungserklärung des Käufers, und zwar nicht nur der Anspruch des Berechtigten, sondern auch der des andern Teils[172]). Daß das Rückgewährschuldverhältnis, falls der Berechtigte von der Wandelung zur Minderung übergeht, wieder wegfällt, ändert nichts daran, daß es vom Augenblick der Erklärung an bestanden hat.

171) Kiesow, Vergl.O. § 4, Anm. 15b.

172) Die Annahme, daß der Rückgewähranspruch des Berechtigten mit der Erklärung und der des andern Teils erst mit dem Einverständnis entstehe, wäre abzulehnen.

wenn der Berechtigte bei der Wandelung bleibt. Es ist vollkommen unerheblich, ob der Käufer zur Zeit der Vergleichseröffnung schon „endgültig" umgestaltet hat oder nicht. Entweder bleibt es nämlich bei der Wandelung, dann ist zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens ein unter § 4 Vergl.O. fallendes Rückgewährschuldverhältnis vorhanden gewesen, oder der Berechtigte geht zur Minderung über, dann hat zur Zeit der Vergleichseröffnung der ursprüngliche Vertrag noch bestanden, da die Wandelung als nicht geschehen gilt. Im ersten Falle wäre die Anwendbarkeit des § 4 Vergl.O. auf das Wandelungsschuldverhältnis, im zweiten Falle auf den ursprünglichen Kaufvertrag zu prüfen.

b) Hat der Vergleichsschuldner — Käufer noch nichts gezahlt, aber vor der Eröffnung des Vergleichsverfahrens wegen mangelhafter Lieferung durch den Verkäufer gewandelt, und hat sich der Verkäufer mit der Wandlung einverstanden erklärt, so liegt zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens ein einseitiges Rückgewährschuldverhältnis vor. Der Verkäufer ist mit seiner Rückgewährforderung am Verfahren beteiligt. Das ist nach unserer Ansicht auch dann der Fall, wenn der Verkäufer unberechtigterweise die Einverständniserklärung verweigert und erst nach der Eröffnung des Verfahrens rechtskräftig dazu verurteilt wird, da wir mit der Herstellungstheorie annehmen, daß das Rückgewährschuldverhältnis mit der Erklärung der Wandelung entsteht.

Als Anhänger der Vertragstheorie müßte man dagegen annehmen, daß z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens der ursprüngliche Kaufvertrag noch bestehe und als beiderseits noch nicht voll erfüllt unter § 4 Vergl.O. falle. Wird nun demnächst das Wandelungsurteil rechtskräftig, so müßte man folgerichtig weiter annehmen, daß der Verkäufer mit seinem Rückgewähranspruch nicht am Verfahren beteiligt sei, da ja der Kaufvertrag auch nicht unter das Verfahren fiel. Der Verkäufer hätte also mit seiner unberechtigten Weigerung erreicht, daß er sich eine bevorrechtigte Stellung verschaffte und auf Kosten der übrigen Gläubiger der Vorteile des § 4 Vergl.O. teilhaftig würde. Ein solches Ergebnis zeigt, daß die Vertragstheorie der Billigkeit und dem praktischen Bedürfnis im Vergleichsverfahren nicht entspricht.

Dasselbe muß man aber von Kiesow sagen, dessen vorhin dargelegte Lehre zu dem Ergebnis führt, daß die Rückgewährforderung des Verkäufers sogar zu einer Neuforderung wird, wenn das Wandelungsurteil nach der Vergleichseröffnung rechtskräftig ergeht.

c) Hat der Vergleichsschuldner-Käufer voll erfüllt und vor der Vergleichseröffnung wegen mangelhafter Lieferung des Verkäufers gewandelt, so entsteht ein gegenseitiges Rück-

gewährschuldverhältnis, auf welches § 4 Vergl.O. Anwendung findet. Unerheblich ist es, ob sich der Verkäufer mit der Wandelung vor der Eröffnung des Verfahrens einverstanden erklärt hat oder nicht. Steht man dagegen auf dem Boden der Vertragstheorie, so wird man annehmen müssen, daß der Verkäufer mit seiner Rückgewährforderung am Verfahren beteiligt ist, wenn das Wandelungsurteil nach der Vergleichseröffnung rechtskräftig wird. Denn z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens bestand noch der ursprüngliche Kaufvertrag. Dieser war von einer Seite, nämlich dem Vergleichsschuldner voll erfüllt. § 4 konnte demnach keine Anwendung finden. Die durch das Wandelungsurteil entstehende Rückgewährforderung war aber schon vor der Vergleichseröffnung begründet. Sie ist deshalb am Verfahren beteiligt. Da sie aber nur in Reichswährung geltend gemacht werden kann, ist der Verkäufer gemäß §§ 36 Vergl.O., 54 Abs. 1 und 4 KO. zur Aufrechnung der beiden Rückgewähransprüche befugt.

Nach Ansicht Kiesows entsteht die Rückgewährforderung des Verkäufers als Neuforderung. Diese ist am Verfahren selbstverständlich nicht beteiligt. Im Ergebnis stimmt Kiesow demnach mit uns überein. Allerdings besteht insofern ein Unterschied, als die von Kiesow angenommene, von uns abgelehnte Neuforderung nicht mit Hilfe von § 28 Vergl.O. am Verfahren beteiligt werden kann, während das nach unserer Ansicht bereits vor der Eröffnung des Verfahrens mit der Erklärung der Wandelung entstandene Wandelungsschuldverhältnis der Erfüllungsablehnung unterliegt.

§ 18.

Die Wandelung beiderseits nicht voll erfüllter Verträge, bei denen der Vergleichsschuldner Verkäufer ist.

Nachdem wir im vorhergehenden Paragraphen davon ausgegangen sind, daß der Vergleichsschuldner der Wandelungsberechtigte war, haben wir nunmehr zu untersuchen, ob und wann § 4 Vergl.O. Anwendung findet, wenn der Vergleichsschuldner der Gewährleistungspflichtige ist.

1. Ist z. Zt. der Eröffnung des Vergleichsverfahrens von dem Vergleichsschuldner mangelhaft geliefert und von dem anderen Teile der Kaufpreis noch nicht oder noch nicht voll gezahlt, so liegt ein beiderseits nicht voll erfüllter gegenseitiger Kaufvertrag vor. Der Käufer ist mit seinem noch ausstehenden Gewährleistungsanspruch nicht am Verfahren beteiligt [173]). Die Parteien

173) A. M. Nagel bei mangelhafter Lieferung einer Speziessache (Nagel, S. 54).

können mit Ermächtigung des Gerichts die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnen. Macht der Vergleichsschuldner rechtzeitig von dieser Möglichkeit Gebrauch, ehe der Gläubiger durch die Wandelung zum Gegenschlage ausholt, so kann der Gläubiger nur noch einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, mit welchem er nach § 30 Vergl.O. unter den Vergleich fällt, geltend machen.

Falls der Vergleichsschuldner die weitere Erfüllung des Vertrages nicht ablehnt, kann der Gläubiger wandeln. Die durch die Wandelung entstehende Legalobligation ist, obwohl nach Vergleichseröffnung entstanden, kein Neugläubigerschuldverhältnis [174]), weil die gegenseitigen Rückgewähransprüche schon vor der Vergleichseröffnung, nämlich mit dem Gefahrübergang, begründet waren. Der Gläubiger ist mit seiner Rückgewährforderung aber dennoch nicht am Vergleiche beteiligt, weil der ursprüngliche Kaufvertrag, durch dessen Wandelung das Rückgewährschuldverhältnis entstanden ist, unter den § 4 Vergl.O. fiel. Ist die Wandlung erfolgt, so ist der Kaufvertrag rückwirkend erloschen. Die Erfüllungsablehnung ist dann nicht mehr möglich, da sie einen bestehenden Vertrag voraussetzt.

Nach der Herstellungstheorie ist demnach die Erfüllungsablehnung in dem Augenblick ausgeschlossen, in welchem der Wandelungsberechtigte dem Vergleichsschuldner erklärt, daß er wandeln wolle. Ist das Wandelungsverlangen berechtigt, so ist eine dennoch vom Schuldner erklärte Erfüllungsablehnung belanglos. Der Käufer kann den Vergleichsschuldner auf Rückleistung verklagen. Wird das Urteil rechtskräftig und die Wandelung damit „vollzogen", so kann der Gläubiger ohne Rücksicht auf den Vergleich vollstrecken. Wenn der Gläubiger aber von der Wandelung zur Minderung übergeht, so ist die in der Zwischenzeit erklärte Erfüllungsablehnung wirksam. Denn in diesem Falle gilt das Wandelungsschuldverhältnis als nicht entstanden und der ursprüngliche Kaufvertrag stellt sich als nach wie vor bestehend dar. Er war daher auch der Erfüllungsablehnung unterworfen. Diese ist mithin wirksam. Daraus folgt, daß ein nochmaliger Uebergang von der Minderung zur Wandelung nicht möglich ist, da die gültige Erfüllungsablehnung die Wandelung ausschließt.

Wenn man die Vertragstheorie vertritt, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die Erfüllungsablehnung für den Vergleichsschuldner noch möglich ist, wenn der Wandelungsberechtigte die Wandelung zwar erklärt hat, diese mangels des Einverständnisses des Vergleichsschuldners aber noch nicht vollzogen ist. Denn nach der Vertragstheorie entsteht das Wandelungs-

174) A. M. Kiesow, § 4, Anm. 15a und (für den Rücktritt) OLG Düsseldorf in JW. 1932/2638.

schuldverhältnis erst mit dem Vollzug der Wandelung. Bis zu diesem Augenblick hat man es also nur mit dem ursprünglichen Kaufvertrag zu tun, der durch die Wandelungserklärung allein noch nicht umgestaltet worden ist. Folgerichtig muß man dann die Möglichkeit der Erfüllungsablehnung bejahen, durch welche die Wandelungserklärung des Gläubigers belanglos wird. Dieses auf Grund der Vertragstheorie erzielte Ergebnis ist für den Vergleichsschuldner ohne Zweifel außerordentlich günstig, wird aber der Bedeutung der Wandelung nicht gerecht. Das wird klar, wenn man den ähnlich gelagerten Fall betrachtet, daß der zum Rücktritt Berechtigte dem Vergleichsschuldner gegenüber den Rücktritt erklärt, bevor dieser die Erfüllung ablehnen konnte. Hier ist mit der Erklärung des Rücktritts der ursprüngliche Vertrag ohne weiteres endgültig in das Legalschuldverhältnis umgestaltet. Die Erfüllungsablehnung ist fernerhin ausgeschlossen. Man trägt keine Bedenken, den Vergleichsschuldner dieses für das Zustandekommen eines Vergleichs unter Umständen unentbehrlichen Rechtes für verlustig zu erklären, und gibt dem Gläubiger, der rechtzeitig von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hat, den Vorzug. Mit Recht! Warum aber soll man bei der Wandelung nur deswegen anders entscheiden, weil der Gläubiger an seine Wandelungserklärung nicht gebunden ist und zur Minderung übergehen kann, solange der Schuldner sich mit der Wandelung, zu der er ja verpflichtet ist, nicht einverstanden erklärt hat? Warum soll man den Gläubiger, weil er durch das Gesetz bei mangelhafter Leistung besser gestellt ist als bei vorbehaltenem Rücktrittsrecht (das Wählrecht zwischen Wandelung und Minderung ist doch wohl eine Besserstellung!), im Vergleichsverfahren schlechter behandeln? Diese Bevorzugung des Vergleichsschuldners gegenüber dem entsprechenden Falle des Rücktritts wäre rechtspolitisch nicht zu rechtfertigen. Sie würde eine Belohnung dafür sein, daß der Vergleichsschuldner mit der Erklärung des Einverständnisses zu der verlangten Wandelung ungerechtfertigt gezögert hat. So unbillig dieses Ergebnis ist, es läßt sich nicht vermeiden, wenn man die Vertragstheorie für richtig hält. Es ist aber ein Beweis dafür, daß der Herstellungstheorie der Vorzug zu geben ist, da diese auch im Vergleichsverfahren dem praktischen Bedürfnis mehr entspricht als die Vertragstheorie.

2. Hatte der Vergleichsschuldner mangelhaft geliefert und der andere Teil eine Anzahlung geleistet, so liegt zur Zeit der Vergleichseröffnung ein unter § 4 Vergl.O. fallendes gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis vor, wenn der Käufer vor der Eröffnung gewandelt und der Schuldner sich mit der Wandelung einverstanden erklärt hat. Das Wandelungsschuldverhältnis unterliegt der Erfüllungsablehnung.

Nach unserer Ansicht ist die Rechtslage aus den oben dargelegten Gründen nicht anders, wenn der Vergleichsschuldner sich erst nach der Vergleichseröffnung mit der Wandelung einverstanden erklärt oder rechtskräftig dazu verurteilt wird.

Kiesow hingegen nimmt an, daß ein Neugläubigerwandelungsschuldverhältnis entstehe, wenn das Wandelungsurteil erst nach der Eröffnung des Verfahrens rechtskräftig werde. Wenn diese Ansicht richtig wäre, so könnte auch hier der Vergleichsschuldner die bereits vor der Vergleichseröffnung erklärte Wandelung durch Erfüllungsablehnung des ursprünglichen Vertrages vereiteln. Da dieser nämlich noch nicht „endgültig umgestaltet" ist, muß er noch der Erfüllungsablehnung ausgesetzt sein. Für den Anhänger der Vertragstheorie dürfte dieses Ergebnis ja ohnehin eine Selbstverständlichkeit sein. Ob man aber den Gläubiger derart der Willkür des Schuldners aussetzen darf, scheint uns sehr fraglich zu sein.

3. Die Ansicht Kiesows, daß die Wandelungserklärung allein einen Vertrag noch nicht so umgestalte, daß zur Zeit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht der Vertrag, sondern das Rückgewährschuldverhältnis als vorliegend zu erachten sei[175]), ist besonders bedenklich, wenn der Vergleichsschuldner mangelhaft geliefert und der Käufer voll erfüllt hatte. Nach Kiesow hat die Wandelungserklärung nicht den Erfolg, daß nunmehr ein noch von keiner Seite voll erfülltes Wandelungsschuldverhältnis vorliegt. Denn solange der Käufer seine Gestaltungserklärung ändern könne, habe er noch nicht endgültig gestaltet. Man könne daher in diesem Falle die §§ 4, 28 Vergl.O. auf die Wandelung nicht anwenden. Wendet man aber die §§ 4, 28 Vergl.O. nicht an, so ist der Gläubiger notwendig am Verfahren beteiligt, da sein Rückgewähranspruch vor der Vergleichseröffnung begründet war. Dieser notwendigen Folgerung entzieht sich Kiesow allerdings dadurch, daß er irrigerweise annimmt, mit dem Vollzug der Wandelung entstehe eine Neuschuld. Eine Neuschuld kann aber dort niemals entstehen, wo die Ansprüche schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet waren.

Richtig ist nach unserer Ansicht folgende Lösung: Durch die Wandelungserklärung entsteht das gegenseitige Rückgewährschuldverhältnis, welches als zur Zeit der Vergleichseröffnung beiderseits noch nicht erfülltes unter § 4 Vergl.O. fällt. Beide Parteien haben nach der Vergleichseröffnung die Möglichkeit, die Erfüllung dieses Rückgewährschuldverhältnisses abzulehnen. Lehnt der Vergleichsschuldner die Erfüllung ab, so erklärt er sich damit gleichzeitig mit der Wandelung einverstanden. Macht der Gläubiger dagegen vor der Erfüllungsablehnung von seinem Rechte Gebrauch, von der Wandelung zur Minderung überzu-

175) Kiesow, Vergl.O. § 4, Anm. 15b.

gehen, so gilt die Wandelungserklärung als nicht erfolgt. In diesem Falle hat zur Zeit der Vergleichseröffnung ein vom Käufer voll erfüllter Vertrag vorgelegen, so daß der Käufer mit seinem Minderungsanspruch am Vergleichsverfahren beteiligt ist. Geht der Käufer nach der Vergleichseröffnung nochmals von der Minderung zur Wandelung über, so ist er mit seinem Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises am Vergleichsverfahren selbstverständlich ebenfalls beteiligt, da der gegenseitige Vertrag im Zeitpunkt der Vergleichseröffnung von ihm voll erfüllt war, die Wandelungsobligation aber kein Neugläubigerschuldverhältnis ist.

Lebenslauf

Ich, Leo Iserloh, bin am 29. Juni 1908 in Duisburg-Beeck als Sohn des jetzigen Hilfsschulhauptlehrers Franz Iserloh und seiner Ehefrau Sibylle geb. Köllen geboren.

Nach dreijährigem Besuch der Volksschule absolvierte ich das Realgymnasium in Duisburg-Ruhrort und bestand dort am 18. Februar 1926 das Abiturientenexamen. Darauf studierte ich vom Sommersemester 1926 bis zum Sommersemester 1927 einschließlich an der Universität Freiburg i. Br. Alsdann hörte ich bis zu der am 6. März 1930 bestandenen 1. juristischen Staatsprüfung an der Universtät Bonn.

Zur Zeit unterziehe ich mit der 2. juristischen Staatsprüfung.